



DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO

MARCELO ALEXANDRINO
VICENTE PAULO

16ª Edição, Revista e Atualizada



© EDITORA MÉTODO

Rua Conselheiro Ramalho, 692/694
Tel.: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729
01325-000 – Bela Vista – São Paulo – SP
metodo@editorametodo.com.br

Capa: Marcelo S. Brandão

Foto da Capa: Andrew Beierle (www.andrewbeierle.com)

Visite nosso site: www.editorametodo.com.br

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Alexandrino, Marcelo

Direito administrativo descomplicado / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 16. ed.
rev. e atual. - São Paulo : Método, 2008.

1. Direito administrativo - Brasil. I. Paulo, Vicente, 1968-. II. Título.

08-2247.

CDU: 342.9(81)

16.ª edição, 1.ª tir.: jun./2008; 2.ª tir.: set./2008.

ISBN 978-85-7660-296-5

A Editora Método se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
2008

*Dedico este trabalho a minha esposa,
LUCIANA, fonte permanente de apoio
e inspiração.*

Marcelo Alexandrino

*À minha irmã CEIÇA, pela compreensão,
carinho e incentivo a mim dispensados nos
momentos difíceis da minha vida.*

Vicente Paulo

OS AUTORES

Marcelo Alexandrino

- Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil desde 1997, exerce suas atribuições na Divisão de Tributação da Superintendência da Receita Federal do Brasil, no Rio Grande do Sul.
- Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- Professor de Direito Tributário e Direito Administrativo em cursos preparatórios para concursos públicos em Porto Alegre, Curitiba, Brasília, Rio de Janeiro e São Paulo, atua ainda como colaborador e instrutor da Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda (ESAF).

Vicente Paulo

- Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil desde 1997, exerce suas atribuições em Brasília (DF).
- Professor de Direito Constitucional em cursos preparatórios para concursos públicos em Brasília, Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo, atua ainda como colaborador e instrutor da Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda (ESAF).

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo também são co-autores, dentre outras, das seguintes obras:

- Direito Constitucional Descomplicado;
- Manual de Direito Tributário;
- Direito Tributário na Constituição e no STF;
- Controle de Constitucionalidade;
- Manual de Direito do Trabalho.

Visite a página

www.pontodosconcursos.com.br

e conheça outros trabalhos dos autores

APRESENTAÇÃO

Esta obra é resultado de uma constatação nossa, na década de 90, quando estudávamos para concurso público: a dificuldade de encontrar no mercado uma obra de Direito Administrativo direcionada para concursos públicos que permitisse o estudo completo e seguro da disciplina.

Isso porque, das obras existentes no mercado, na nossa modesta opinião, nenhuma satisfaz integralmente as necessidades de quem esteja se preparando para realização de concursos públicos, ou de provas em geral.

De um lado, temos excelentes obras acadêmicas, que permitem um aprofundado estudo, mas que, por não serem voltadas especificamente para provas e concursos, pressupõem um razoável conhecimento jurídico, utilizam uma linguagem de difícil compreensão para aqueles que não são dessa área, apresentam posições pessoais do autor, muitas vezes conflitantes com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, estendem-se na análise de orientações doutrinárias controvertidas ou polêmicas, além de não apresentarem exercícios, o que prejudica a fixação do conteúdo.

De outro, temos apostilas variadas no mercado, que praticamente fundamentam sua existência na quantidade de exercícios apresentados. Mas, nesse caso, salvo raras exceções, verificamos dois problemas: primeiro, os exercícios, ressaltados os de concursos anteriores, são, em sua maioria, de qualidade deplorável, terminando por prejudicar, em vez de auxiliar, a preparação do candidato; segundo, o conteúdo teórico, quando existente, costuma resumir-se à reprodução de trechos das leis, com partes em negrito, ou reorganizados com a inclusão dos principais títulos exigidos nos editais de concursos públicos.

Nossa intenção não é ombrear com os grandes administrativistas brasileiros, aos quais devemos o pouco que conhecemos dessa disciplina. Simplesmente, fizemos o possível – e cremos haver logrado êxito – para elaborar uma obra útil e, sobretudo, para não sermos comparados aos oportunistas de plantão, que despejam no mercado uma pletora de apostilas de seriedade duvidosa...

O intuito da presente obra é singelo: tratar todos os tópicos de maneira completa, com a maior objetividade possível, rigorosamente atualizados,

conferindo uma abordagem precipuamente voltada para concurso, a partir de nossa experiência em concursos prestados, do convívio em sala de aula e do acompanhamento que, há muito, fazemos dos principais certames realizados no País. E, complementarmente, apresentar uma extensa seleção de exercícios extraídos de provas anteriores de importantes bancas examinadoras, organizados por assunto, o que permitirá uma eficaz fixação do conteúdo estudado.

Acompanhe outros trabalhos por nós realizados no sítio Ponto dos Concursos (www.pontodosconcursos.com.br).

Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo

NOTA À 16ª EDIÇÃO

Nesta edição, reformulamos inteiramente os dois primeiros capítulos, acerca da organização do Estado e da Administração Pública brasileira. Embora não tenha havido significativa alteração de conteúdo, consideramos mais didática a estrutura que agora adotamos na exposição dos temas.

Não houve importantes alterações legislativas desde a última edição. Merece menção a Medida Provisória nº 431/2008, que alterou alguns pontos da Lei nº 8.112/1990.

Cabe citar, também, a edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que explicitou a desnecessidade de acompanhamento do PAD por advogado, afastando entendimento sumulado do STJ sobre o assunto.

De resto, procedemos a pontuais atualizações, especialmente de jurisprudência, e aperfeiçoamento de uns poucos temas doutrinários.

Não alteramos o Caderno de Questões.

Os Autores

NOTA À 15ª EDIÇÃO

Praticamente não houve qualquer alteração legislativa – nem mesmo infralegal – relevante para o Direito Administrativo desde a última edição desta obra.

Assim, nesta edição, limitamo-nos a reportar os poucos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com reflexos importantes no âmbito de nossa disciplina, comentando-os quando pertinente, e, sobretudo, dedicamo-nos a aperfeiçoar alguns pontos doutrinários que consideramos merecedores de maior aprofundamento.

Além disso, acrescentamos questões de concursos recentes ao “Caderno de Questões”, e suprimimos umas poucas que, a nosso ver, estavam defasadas.

Os Autores

NOTA À 14ª EDIÇÃO

Nesta edição, decidimos fazer duas mudanças significativas, embora sejam ambas essencialmente formais:

a) mudamos o nome da obra, que passa a ser “Direito Administrativo Descomplicado”, tendo essa alteração, principalmente, o objetivo de explicitar a nossa preocupação com a didática do conteúdo, especialmente no que respeita à exposição pormenorizada dos temas e à objetividade e clareza da linguagem empregada;

b) separamos as questões de concursos da parte teórica do livro; a obra passa a ser integrada por essas duas partes – teoria e questões –, indissociáveis, apresentadas conjuntamente, porém em cadernos individualizados.

De resto, houve uma relevante quantidade de alterações legislativas e jurisprudenciais desde a última edição, o que tornou necessária uma abrangente atualização do livro.

Aproveitamos, também, para aperfeiçoar alguns pontos doutrinários, bem como assuntos ainda não suficientemente sedimentados em nosso ordenamento, a exemplo dos consórcios públicos e das parcerias público-privadas.

Por fim, realizamos uma ampla revisão das questões de concursos, retirando as que consideramos “ultrapassadas” ou de gabarito discutível, e acrescentando diversas outras, de certames recentes, inclusive questões de concursos realizados pela Fundação Carlos Chagas.

Os Autores

NOTA À 13ª EDIÇÃO

Nesta edição, preocupamo-nos em atualizar as referências jurisprudenciais, comentando, nos capítulos respectivos, recentes julgados do STF acerca: (a) do controle das fundações públicas pelo Ministério Público; (b) da proibição de vinculações e equiparações relativamente às remunerações de servidores públicos; (c) da impossibilidade de a pessoa que tenha sofrido um dano decorrente de atuação de um agente público ajuizar a ação de indenização diretamente contra esse agente.

Registramos, também, e comentamos, quando cabível, as alterações legislativas ocorridas desde a última edição, merecendo menção:

- a) a edição da Lei nº 11.350/2006, resultante da conversão, sem alterações, da Medida Provisória nº 297, de 9 de junho de 2006, acerca da contratação de

agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias mediante “processo seletivo público”;

- b) a edição da Lei nº 11.355/2006, que introduziu na Lei nº 8.112/1990 a indenização denominada Auxílio-Moradia, mencionando-se, ainda, a modificação posteriormente trazida pela Medida Provisória nº 341, de 29 de dezembro de 2006;
- c) a publicação da Medida Provisória nº 335, de 23 de dezembro de 2006, que alterou a redação de dispositivos do art. 17 da Lei nº 8.666/1993;
- d) a edição da Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, e estabeleceu regras especiais relativas à participação dessas pessoas jurídicas em licitações públicas;
- e) a edição da Lei nº 11.417/2006, que acrescentou dispositivos à Lei nº 9.784/1999;
- f) a edição da Lei nº 11.445/2007, que modificou inteiramente a hipótese de licitação dispensável constante do inciso XXVII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Por fim, procedemos à revisão e ao aperfeiçoamento de alguns pontos doutrinários, especialmente nos capítulos sobre atos administrativos, contratos administrativos, licitações públicas e servidores públicos.

Os Autores

NOTA À 12ª EDIÇÃO

Nesta edição, limitamo-nos, principalmente, a atualizar os poucos pontos do texto que sofreram reflexos de alterações legislativas. Essencialmente, foram trazidas as alterações decorrentes da conversão da Medida Provisória nº 283, de 23 de fevereiro de 2006, na Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006, que trata da “gratificação por encargo de curso ou concurso”, e aduzidos alguns comentários sobre a Medida Provisória nº 297, de 9 de junho de 2006, que disciplina a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, versada na EC nº 51/2006.

Além dessas atualizações, acrescentamos referência ao art. 12 da Lei nº 8.270/1991, que complementa as disposições da Lei nº 8.112/1990 relativas aos adicionais de insalubridade e de periculosidade dos servidores públicos federais.

Os Autores

NOTA À 11ª EDIÇÃO

Nesta edição, limitamo-nos, essencialmente, a atualizar a obra com base nas alterações havidas em nosso ordenamento jurídico, merecendo menção, especialmente: (a) a previsão na EC nº 51/2006 de contratação sem concurso público de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias e de uma nova hipótese de perda de cargo pelo servidor público estável que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias; e (b) a criação, no art. 76-A da Lei nº 8.112/1990, inteiramente acrescentado pela Medida Provisória nº 283/2006, de uma nova gratificação para os servidores públicos federais, denominada “gratificação por encargo de curso ou concurso”.

Além disso, na parte final do livro, acrescentamos diversas questões, com os respectivos gabaritos definitivos, de importantes concursos públicos realizados em 2005 e 2006.

Os Autores

NOTA À 10ª EDIÇÃO

Nesta edição, incorporamos as modificações trazidas pela Lei nº 11.196, de 22.11.2005, à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) e à Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995).

Além disso, tratamos da nova orientação do Supremo Tribunal Federal (MS 25.092/DF e MS 25.181/DF) acerca da sujeição das sociedades de economia mista ao instituto da tomada de contas especial (CF, art. 71, II).

Por fim, realizamos ajustes em uns poucos pontos, decorrentes de aperfeiçoamentos doutrinários.

Os Autores

APRESENTAÇÃO

Com a missão de disponibilizar o melhor conteúdo científico e com a visão de ser o maior, mais eficiente e mais completo grupo provedor de conteúdo educacional do país, nasce o GEN | Grupo Editorial Nacional. Um grupo formado por editoras do segmento CTP – Científico, Técnico e Profissional –, atuante nas áreas de Saúde, Técnica e Direito. Surge como a maior organização brasileira no segmento.

Compondo a área jurídica do GEN temos a tradicional Editora Forense – que conta com os mais brilhantes juristas brasileiros dentre seus autores – e a jovem Editora Método – com forte atuação em publicações para concursos públicos e Exame de Ordem, da OAB.

A Editora Método, como uma unidade do GEN, é hoje líder do mercado em publicações preparatórias para o Exame de Ordem e se posiciona, definitivamente, para ser a Número 1 em publicações para concursos públicos.

Nessa direção, acabamos de dar um grande passo.

A família GEN passa a ter como parceiros os dois maiores nomes da literatura jurídica voltada aos concursos públicos: Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, representados pela marca Vicente & Marcelo.

Atentos ao mercado editorial voltado para concursos, temos acompanhado o crescimento e a evolução do trabalho de Vicente e Marcelo. Professores excepcionais, o sucesso da dupla pode ser constatado pelas inúmeras manifestações de seus alunos e pela grande aceitação de suas obras. Quem conhece, sabe do que falamos; quem não conhece, terá oportunidade de conferir.

Um grande diferencial dos jovens escritores é a capacidade singular de transportar para a escrita a mesma didática das salas de aulas, pela qual conseguem tratar de temas altamente complexos, de forma objetiva e cristalina, em linguagem descomplicada, totalmente acessível. A maestria na comunicação (seja na oratória, seja na escrita), a clareza na abordagem dos temas, a empatia com seu público e a preparação podem explicar parte do sucesso.

Aliado a tudo isso, dentre os grandes méritos dos Autores merecem destaque o envolvimento, dedicação, seriedade, disposição, transpiração, com que a dupla se volta ao seu mister. Nesse pequeno período em que estamos trabalhando (Autores e Editor) já foi possível constatar essa realidade.

A obra *Direito Administrativo Descomplicado* é o reflexo das características apontadas acima, e apresenta uma abordagem completa do tema, contemplando o conteúdo de editais dos principais concursos públicos, como também os programas das universidades do País, tudo com o rigor científico que exige a matéria.

Dessa forma a presente publicação foge do padrão das obras tradicionais (com textos rebuscados, na maioria das vezes de difícil compreensão). Sua redação é direta e objetiva, capaz de atender leitores que desejam obter rendimento máximo no menor prazo possível (estudo racionalizado).

Assim, acreditamos que o termo *Descomplicado* traduz com exatidão o “espírito”, o conceito, da obra: *Descomplicado* = *racionalidade* (estudo racionalizado), *funcionalidade*, *praticidade*, *simplicidade*, *objetividade*, *dinamismo*...

Bons estudos!!

Vauledir Ribeiro Santos

Editor Jurídico

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

DIREITO ADMINISTRATIVO	1
1. Natureza jurídica e conceito	1
2. Objeto e abrangência	3
3. Codificação e fontes do direito administrativo	5
4. Sistemas administrativos: sistema inglês e sistema francês	7
5. Sistema administrativo brasileiro	8
6. Regime jurídico-administrativo	10

CAPÍTULO 2

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
1. Noções de Estado	13
1.1. Forma de Estado	13
1.2. Poderes do Estado	14
2. Noções de governo	16
2.1. Sistema de governo	16
2.2. Forma de governo	17
3. Administração Pública	18
3.1. Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito	18
3.2. Administração Pública em sentido formal, subjetivo ou orgânico	19
3.3. Administração Pública em sentido material, objetivo ou funcional	20
4. Organização da Administração	22
4.1. Entidades políticas e entidades administrativas	22

4.2. Noções de centralização, descentralização e desconcentração	23
4.3. Conceito de Administração Direta, Administração Indireta e entidades paraestatais	27
4.4. Criação de entidades da Administração Indireta	29
4.5. Criação de subsidiárias e participação no capital de empresas privadas	34
4.6. Entidades em espécie	38
4.6.1. Autarquias	38
4.6.1.1. Conceito	38
4.6.1.2. Criação e extinção	41
4.6.1.3. Natureza jurídica	42
4.6.1.4. Patrimônio	43
4.6.1.5. Atividades desenvolvidas	43
4.6.1.6. Atos e contratos	44
4.6.1.7. Orçamento	45
4.6.1.8. Regime de pessoal	45
4.6.1.9. Nomeação e exoneração de dirigentes	47
4.6.1.10. Capacidade exclusivamente administrativa	48
4.6.1.11. Relação com o ente estatal instituidor ...	48
4.6.1.12. Controle de desempenho	49
4.6.1.13. Autarquias sob regime especial	49
4.6.1.14. Controle judicial	51
4.6.1.15. Juízo competente	52
4.6.1.16. Privilégios processuais	52
4.6.1.17. Prescrição quinquenal	54
4.6.1.18. Imunidade tributária	54
4.6.1.19. Responsabilidade civil	55
4.6.2. Fundações públicas	55
4.6.2.1. Conceito	55
4.6.2.2. Natureza jurídica	57
4.6.2.3. Regime jurídico	64
4.6.3. Empresas públicas e sociedades de economia mista	70

4.6.3.1. Introdução	70
4.6.3.2. Conceito	73
4.6.3.3. Criação	75
4.6.3.4. Objeto	76
4.6.3.5. Regime jurídico	77
4.6.3.6. Distinções entre empresa pública e sociedade de economia mista	96
4.6.4. Consórcios públicos	99
4.6.4.1. Contrato de rateio	107
4.6.4.2. Contrato de programa	109

CAPÍTULO 3

ÓRGÃOS E AGENTES PÚBLICOS	115
1. Órgãos públicos	115
1.1. Teorias sobre a natureza jurídica da relação entre o Estado e os agentes por meio dos quais atua	115
1.1.1. Teoria do mandato	115
1.1.2. Teoria da representação	116
1.1.3. Teoria do órgão	116
1.2. Conceito de órgão público	118
1.3. Características dos órgãos públicos	119
1.4. Capacidade processual	119
1.5. Classificação	120
1.5.1. Órgãos simples e compostos	120
1.5.2. Órgãos singulares e colegiados	121
1.5.3. Órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos	121
2. Agentes públicos	122
2.1. Classificação dos agentes públicos	124
2.1.1. Agentes políticos	124
2.1.2. Agentes administrativos	125
2.1.3. Agentes honoríficos	126
2.1.4. Agentes delegados	126
2.1.5. Agentes credenciados	126

CAPÍTULO 4

REFORMA ADMINISTRATIVA E TERCEIRO SETOR	127
1. Reforma do Estado e administração gerencial	127
2. Contrato de gestão	132
2.1. Contrato de gestão celebrado com autarquias e fundações públicas: as agências executivas	134
2.2. Contrato de gestão e terceiro setor: as organizações sociais	136
2.3. Natureza jurídica do contrato de gestão	136
3. Terceiro setor: as entidades paraestatais	137
3.1. Serviços sociais autônomos	139
3.2. Organizações sociais	140
3.2.1. Conceito	140
3.2.2. O contrato de gestão firmado pelas organizações sociais	143
3.2.3. Fiscalização da execução do contrato de gestão ..	143
3.2.4. Desqualificação da entidade como organização social	144
3.3. Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)	144
3.3.1. Conceituação de entidade sem fins lucrativos para os fins de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público	145
3.3.2. Pessoas que não podem ser qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público	146
3.3.3. Áreas de atuação das organizações da sociedade civil de interesse público	146
3.3.4. Requerimento da qualificação	147
3.3.5. Formalização da parceria	148
3.3.6. Controle	148
3.3.7. Desqualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público	149
3.3.8. Distinções entre organização social e organização da sociedade civil de interesse público	149
3.4. Entidades de apoio	150

4. Agências executivas	152
5. Agências reguladoras	154
5.1. Introdução	154
5.2. Forma jurídica	158
5.3. Características	160
5.3.1. Exercício de atividade regulatória	162
5.3.2. Independência	164
5.3.3. Poder normativo	173
5.3.4. Controle	177
5.3.4.1. Controle pelo Poder Legislativo	179
5.3.4.2. Controle pelo Poder Judiciário	180
5.3.4.3. Controle pelo Poder Executivo	182
5.4. Principais agências reguladoras no Brasil	184

CAPÍTULO 5

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	187
1. Introdução	187
2. Princípio da supremacia do interesse público	188
3. Princípio da indisponibilidade do interesse público	190
3.1. Interesses públicos primários e interesses públicos secundários	191
4. Princípio da legalidade	193
5. Princípio da moralidade	195
6. Princípio da impessoalidade	197
7. Princípio da publicidade	200
8. Princípio da eficiência	201
9. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade	204
10. Princípio da autotutela	209
11. Princípio da continuidade dos serviços públicos	211

CAPÍTULO 6

PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	213
1. Noções	213
2. Deveres do administrador público	214
2.1. Poder-dever de agir	214
2.2. Dever de eficiência	214
2.3. Dever de probidade	215
2.3.1. Os atos de improbidade na Lei nº 8.429/1992	215
2.4. Dever de prestar contas	221
3. Poderes do administrador público	221
3.1. Poder vinculado	222
3.2. Poder discricionário	222
3.2.1. Limites ao poder discricionário	225
3.3. Poder hierárquico	228
3.4. Poder disciplinar	231
3.5. Poder regulamentar	234
3.6. O poder de polícia	241
3.6.1. Conceito	241
3.6.2. Meios de atuação	243
3.6.3. Limites	244
3.6.4. Sanções e condições de validade	245
3.6.5. Atributos do poder de polícia	245
3.6.5.1. Discricionariedade	245
3.6.5.2. Auto-executoriedade	246
3.6.5.3. Coercibilidade	248
3.6.6. Prescrição	249
4. Abuso de poder	250
4.1. Excesso de poder	251
4.2. Desvio de poder	252

CAPÍTULO 7

SERVIDORES PÚBLICOS	255
1. Disposições constitucionais gerais relativas aos agentes públicos	255
1.1. Acesso a funções, cargos e empregos públicos	256
1.1.1. Acessibilidade a brasileiros e estrangeiros	256
1.1.2. Princípio da organização legal do serviço público ..	258
1.1.3. Requisitos para o acesso a cargos ou empregos públicos	260
1.1.4. Exigência de concurso público	262
1.1.5. Prazo de validade do concurso	269
1.1.6. Prioridade na nomeação	271
1.1.7. Reserva de percentual de cargos e empregos aos portadores de deficiências	274
1.1.8. Funções de confiança e cargos em comissão	277
1.1.9. Contratação temporária	282
1.2. Direito de associação sindical dos servidores públicos civis	284
1.3. Direito de greve dos servidores públicos civis	285
1.4. Regras constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos	286
1.4.1. Fixação da remuneração e revisão geral	286
1.4.2. Limites de remuneração dos servidores públicos (teto constitucional)	291
1.4.3. Limite aos vencimentos dos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário	295
1.4.4. Vedação de vinculações e equiparações	296
1.4.5. Base de incidência de acréscimos pecuniários	297
1.4.6. Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios	298
1.5. Administração tributária	300
1.6. Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos	302
2. Disposições constitucionais relativas aos servidores em exercício de mandatos eletivos	306
3. Disposições constitucionais específicas relativas aos servidores públicos	307

3.1. O regime jurídico único e a extinção de sua obrigatoriedade pela EC nº 19/1998	307
3.2. O regime de emprego público na Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional	310
3.3. Planos de carreira e sistema remuneratório dos servidores públicos	312
3.4. Direitos e garantias dos trabalhadores em geral aplicáveis aos servidores públicos	314
3.5. Remuneração por subsídio	316
3.6. Estabilidade	316
4. Regime de previdência dos servidores públicos	320
5. Disposições legais relativas aos servidores públicos civis federais (estatutários)	344
5.1. Introdução	344
5.2. Cargos e funções públicos	345
5.3. Provimento	346
5.3.1. Provimento originário e provimento derivado	346
5.3.2. Formas de provimento dos cargos públicos	348
5.3.2.1. Nomeação	348
5.3.2.2. Readaptação	350
5.3.2.3. Reintegração	350
5.3.2.4. Aproveitamento	351
5.3.2.5. Promoção	351
5.3.2.6. Reversão	352
5.3.2.7. Recondução	355
5.4. Posse	357
5.5. Exercício	358
5.6. Estágio probatório	359
5.7. Vacância	361
5.8. Remoção	362
5.9. Redistribuição	364
5.10. Direitos e vantagens dos servidores públicos civis federais	365
5.10.1. Vencimento e remuneração	365
5.10.2. Vantagens	366

5.10.2.1. Indenizações	367
5.10.2.2. Gratificações e adicionais	369
5.10.3. Férias	373
5.10.4. Licenças	374
5.11. Regime disciplinar	379
5.11.1. Deveres e proibições	379
5.11.1.1. Deveres	379
5.11.1.2. Proibições	380
5.11.2. Penalidades	382
5.11.3. Responsabilidades	385
5.12. Sindicância e processo administrativo disciplinar (PAD) ..	387
5.12.1. Introdução	387
5.12.2. Sindicância	387
5.12.3. Processo administrativo disciplinar – procedimen- to	388
5.12.3.1. Instauração	388
5.12.3.2. Inquérito administrativo	389
5.12.3.3. Julgamento	392
5.12.4. Rito sumário (acumulação, abandono de cargo, inassiduidade habitual)	394
5.12.5. Revisão do processo	395

CAPÍTULO 8

ATOS ADMINISTRATIVOS	397
1. Introdução	397
2. Conceito	398
2.1. Atos privados praticados pela Administração	399
2.2. Fatos administrativos	399
3. Requisitos ou elementos	401
3.1. Competência	401
3.2. Finalidade	405
3.3. Forma	406
3.4. Motivo	407
3.4.1. Motivo e motivação	408

3.4.2. Motivação dos atos administrativos: a teoria dos motivos determinantes	411
3.5. Objeto	413
4. Mérito do ato administrativo	414
5. Atributos do ato administrativo	416
5.1. Presunção de legitimidade	416
5.2. Imperatividade	418
5.3. Auto-executoriedade	418
5.4. Tipicidade	421
6. Classificação dos atos administrativos	422
6.1. Atos gerais e individuais	422
6.2. Atos internos e externos	423
6.3. Atos de império, de gestão e de expediente	424
6.4. Atos vinculados e discricionários	424
6.5. Atos simples, complexo e composto	427
6.6. Ato constitutivo, extintivo, declaratório, alienativo, modificativo ou abdicativo	429
6.7. Ato válido, nulo e inexistente	429
6.8. Ato perfeito, imperfeito, pendente ou consumado	431
6.9. Noções de perfeição, validade, eficácia e exequibilidade ..	432
7. Espécies de atos administrativos	435
7.1. Atos normativos	435
7.2. Atos ordinatórios	435
7.3. Atos negociais	436
7.3.1. Licença	437
7.3.2. Autorização	438
7.3.3. Permissão	440
7.4. Atos enunciativos	441
7.5. Atos punitivos	443
8. Extinção dos atos administrativos	443
8.1. Anulação	444
8.2. Revogação	445
8.2.1. Atos irrevogáveis	446
8.3. Cassação	448

8.4. Outras formas de extinção do ato administrativo	448
9. Convalidação de atos administrativos	449
9.1. A convalidação e os diferentes vícios do ato	452
9.1.1. Competência	452
9.1.2. Finalidade e motivo	453
9.1.3. Objeto	453
9.1.4. Forma	453

CAPÍTULO 9

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	455
1. Introdução	455
2. Noções de contrato	455
3. Características dos contratos administrativos	456
3.1. Atuação da Administração Pública como Poder Público .	458
3.2. Finalidade pública	458
3.3. Formalismo	459
3.4. Contrato de adesão	460
3.5. Pessoalidade (<i>intuitu personae</i>)	461
3.6. Existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”	462
3.6.1. Exigência de garantia	463
3.6.2. Poder de alteração unilateral do contrato	463
3.6.3. Possibilidade de rescisão unilateral do contrato ...	464
3.6.4. Manutenção do equilíbrio financeiro do contrato .	466
3.6.5. Poder de fiscalização, acompanhamento e ocupação temporária	467
3.6.6. Restrições ao uso da cláusula “exceptio non adimpleti contractus”	469
3.6.7. Aplicação direta de penalidades contratuais	471
4. Garantias para a execução do contrato	472
5. Variações da quantidade inicialmente contratada	474
6. Recebimento do objeto do contrato	475
7. Responsabilidade pela execução do contrato e respectivos encargos	477

8. Extinção e prorrogação do contrato	479
8.1. Extinção do contrato	479
8.2. Prorrogação do contrato	480
9. Inexecução do contrato	481
9.1. Inexecução culposa	481
9.2. Inexecução sem culpa	482
9.3. Causas que justificam a inexecução do contrato	482
9.3.1. Noções da teoria da imprevisão	482
9.3.2. Força maior e caso fortuito	483
9.3.3. Fato do príncipe	484
9.3.4. Fato da administração	485
9.3.5. Interferências imprevistas	486
10. Principais contratos administrativos	487
10.1. Contrato de obra pública	487
10.2. Contratos de serviços	491
10.3. Contrato de fornecimento	492
10.4. Contrato de concessão	494

CAPÍTULO 10

LICITAÇÕES PÚBLICAS	499
1. Introdução	499
2. Conceito, finalidade e objeto da licitação	500
3. Princípios da licitação	501
3.1. Formalismo	501
3.2. Publicidade dos atos	502
3.3. Igualdade entre os licitantes	502
3.3.1. Preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte	504
3.4. Sigilo na apresentação das propostas	506
3.5. Vinculação ao edital	506
3.6. Julgamento objetivo	506
3.7. Probidade e moralidade administrativa	508
3.8. Adjudicação obrigatória ao vencedor	509

3.9. Competitividade	509
4. Obrigatoriedade de licitação	510
5. Inexigibilidade	510
6. Dispensa de licitação	513
6.1. Licitação dispensável	514
6.2. Licitação dispensada	519
6.3. Motivação e ratificação dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação	523
7. Licitações diferenciadas para microempresas e empresas de pequeno porte	524
8. Procedimentos: as fases da licitação	526
8.1. Audiência pública	527
8.2. Edital	528
8.3. Antecedência mínima do edital	531
8.4. Impugnação administrativa do edital	532
8.5. Carta-convite	533
8.6. Comissão de licitação	533
8.7. Habilitação dos licitantes	534
8.8. Julgamento das propostas	537
8.9. Homologação e adjudicação ao vencedor	539
9. Tipos de licitação	540
10. Anulação e revogação da licitação	541
11. Modalidades de licitação	543
11.1. Introdução	543
11.2. Concorrência	545
11.3. Tomada de preços	546
11.4. Convite	546
11.5. Concurso	547
11.6. Leilão	548
11.7. Pregão	549
11.8. Consulta	559

CAPÍTULO 11

SERVIÇOS PÚBLICOS	563
1. Introdução	563
2. Conceito	564
3. Competência para a prestação de serviços públicos	565
4. Classificação	566
5. Regulamentação e controle	568
6. Requisitos do serviço público	569
7. Direitos e obrigações do usuário	570
8. Formas e meios de prestação do serviço público	571
8.1. Serviço centralizado	572
8.2. Serviço descentralizado	573
9. Concessão e permissão de serviços públicos: definições legais e noções introdutórias	574
10. Licitação prévia à concessão	576
11. Intervenção na concessão	578
12. Extinção da concessão	578
13. Subconcessão	582
14. Parcerias público-privadas	585
14.1. Licitação prévia à contratação de parcerias público-privadas	590
14.2. Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP ..	592
15. Permissão de serviços públicos	593
16. Serviços autorizados	594

CAPÍTULO 12

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	599
1. Conceito	599
2. Evolução	600
2.1. Irresponsabilidade do Estado	600
2.2. Responsabilidade com culpa civil comum do Estado (subjetiva)	600

2.3. Teoria da culpa administrativa	601
2.4. Teoria do risco administrativo	601
2.5. Teoria do risco integral	601
3. Fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva do Estado	602
4. O art. 37, § 6º, da CF: responsabilidade objetiva	603
5. A responsabilidade subjetiva da Administração	607
6. Força maior e caso fortuito	610
7. Danos de obra pública	613
8. Atos legislativos	615
9. Atos jurisdicionais	616
10. A ação de reparação do dano: particular x Administração	618
11. A ação regressiva: Administração x agente público	621
12. As responsabilidades administrativa, civil e penal do agente público	624

CAPÍTULO 13

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	627
1. Introdução	627
2. Conceito	628
3. Classificação das formas de controle	629
3.1. Conforme a origem	629
3.1.1. Controle interno	629
3.1.2. Controle externo	630
3.1.3. Controle popular	631
3.2. Conforme o momento de exercício	632
3.2.1. Controle prévio ou preventivo (<i>a priori</i>)	632
3.2.2. Controle concomitante	632
3.2.3. Controle subsequente ou corretivo	633
3.3. Quanto ao aspecto controlado	633
3.3.1. Controle de legalidade ou de legitimidade	633
3.3.2. Controle de mérito	635

3.4. Quanto à amplitude	637
3.4.1. Controle hierárquico	637
3.4.2. Controle finalístico	638
4. Controle exercido pela Administração sobre seus próprios atos (controle administrativo)	640
4.1. Processos administrativos	644
4.1.1. Legalidade objetiva	646
4.1.2. Oficialidade	646
4.1.3. Informalismo	646
4.1.4. Verdade material	647
4.1.5. Contraditório e ampla defesa	648
5. Controle legislativo	649
5.1. A fiscalização contábil, financeira e orçamentária na CF/1988	652
5.1.1. Atribuições dos tribunais de contas	654
6. Controle judiciário	661
6.1. Controle judicial em espécie	663
6.1.1. Mandado de segurança	663
6.1.2. Ação popular	664
6.1.3. Ação civil pública	664

CAPÍTULO 14

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.784/1999) ..

1. Introdução	667
2. Âmbito de aplicação da Lei nº 9.784/1999	668
3. Princípios informadores dos processos administrativos	668
3.1. Legalidade objetiva	669
3.2. Oficialidade	669
3.3. Informalismo	669
3.4. Verdade material	669
3.5. Princípio do contraditório e da ampla defesa	670
4. Princípios expressos na Lei nº 9.784/1999	671
5. Direitos dos administrados	673

6. Início do processo	673
7. Competência	674
8. Impedimento e suspeição	675
9. Forma, tempo e lugar do processo	676
10. Intimação do interessado	677
11. Instrução	678
12. Motivação	680
13. Desistência e extinção do processo	681
14. Anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos ..	681
15. Recurso administrativo	683
16. Prazos	686

CAPÍTULO 15

BENS PÚBLICOS	687
1. Conceito	687
2. Classificação	689
2.1. Quanto à titularidade	689
2.2. Quanto à destinação	689
2.3. Quanto à disponibilidade	691
3. Características	692
3.1. Inalienabilidade	692
3.2. Impenhorabilidade	693
3.3. Imprescritibilidade	695
3.4. Não-onerabilidade	695
4. Afetação e desafetação	695
5. Principais espécies de bens públicos	697
5.1. Terras devolutas	697
5.2. Terrenos de marinha	697
5.3. Terrenos acrescidos	697
5.4. Terrenos reservados	698
5.5. Terras ocupadas pelos índios	698
5.6. Plataforma continental	698

5.7. Ilhas	698
5.8. Faixa de fronteiras	699
5.9. Águas públicas	699

CAPÍTULO 16

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NO DOMÍNIO ECONÔMICO	701
1. Introdução	701
2. Autorização constitucional	702
3. Fundamentos da intervenção	703
4. Competência	703
5. Modos de intervenção	704
5.1. Servidão administrativa	705
5.1.1. Instituição da servidão	706
5.1.2. Indenização	706
5.1.3. Extinção	707
5.1.4. Principais características	707
5.2. Requisição	707
5.2.1. Objeto e indenização	708
5.2.2. Instituição e extinção	708
5.2.3. Principais características	709
5.3. Ocupação temporária	709
5.3.1. Instituição, extinção e indenização	710
5.3.2. Características	710
5.4. Limitações administrativas	711
5.4.1. Distinções de outros institutos	711
5.4.2. Instituição e indenização	712
5.4.3. Características	712
5.5. Tombamento	713
5.5.1. Espécies	713
5.5.2. Instituição	714
5.5.3. Processo do tombamento	714
5.5.4. Efeitos do tombamento	715
5.6. Desapropriação	715
5.6.1. Pressupostos	716

5.6.2. Autorização constitucional	718
5.6.3. Bens desapropriáveis	719
5.6.4. Competência	720
5.6.5. Destinação dos bens	721
5.6.6. Procedimento de desapropriação	721
5.6.6.1. Fase declaratória	721
5.6.6.2. Fase executória	723
5.7. Ação de desapropriação	724
5.7.1. Contestação	725
5.7.2. Imissão provisória na posse	725
5.7.3. Sentença e transferência do bem	726
5.7.4. Indenização	726
5.7.5. Desistência da desapropriação	727
5.7.6. Desapropriação indireta	727
5.7.7. Direito de extensão	729
5.7.8. Tredestinação	729
5.7.9. Retrocessão	730
5.7.10. Desapropriação rural	730
5.7.10.1. Indenização	731
5.7.10.2. Procedimento	732
5.7.11. Desapropriação confiscatória	733
5.8. Formas de intervenção previstas no Estatuto da Cidade .	734
5.8.1. Parcelamento, edificação ou utilização compulsó- rios	735
5.8.2. Aplicação do IPTU progressivo no tempo	736
5.8.3. A desapropriação no Estatuto da Cidade	736
5.8.4. Direito de preempção	738
6. Atuação do Estado no domínio econômico	739
6.1. Modalidades de atuação no domínio econômico	739
6.1.1. Monopólio	740
6.1.2. Repressão ao abuso do poder econômico	740
6.1.3. Controle de abastecimento	741
6.1.4. Tabelaamento de preços	741
6.1.5. Criação de empresas estatais	741
BIBLIOGRAFIA	743

Capítulo 1

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

O Direito é tradicionalmente dividido em dois grandes ramos: direito público e direito privado.

O **direito público** tem por objeto principal a regulação dos interesses da sociedade como um todo, a disciplina das relações entre esta e o Estado, e das relações das entidades e órgãos estatais entre si. Tutela ele o interesse público, só alcançando as condutas individuais de forma indireta ou reflexa.

É característica marcante do direito público a **desigualdade nas relações jurídicas** por ele regidas, tendo em conta a prevalência do interesse público sobre os interesses privados. O fundamento da existência dessa desigualdade, portanto, é a noção de que os interesses da coletividade devem prevalecer sobre interesses privados. Assim, quando o Estado atua na defesa do interesse público, goza de certas prerrogativas que o situam em posição jurídica de superioridade ante o particular, evidentemente, em conformidade com a lei, e respeitadas as garantias individuais consagradas pelo ordenamento jurídico.

Por esse motivo, são possíveis medidas como a desapropriação de um imóvel privado para a construção de uma estrada. A Constituição assegura o direito de propriedade, mas faculta ao poder público efetuar desapropriações, desde que o proprietário receba justa e prévia indenização. Dessa forma, se for necessária, tendo em vista o **interesse** público, a construção de uma estrada em cujo trajeto esteja um imóvel particular, o Estado promoverá a desapropriação, independentemente do **interesse** do proprietário. Os **direitos** deste, como a indenização justa e prévia, serão evidentemente respeitados,

mas a desapropriação, por ser fundada no interesse público, ocorrerá mesmo que seja contrária à vontade do particular, aos seus interesses.

Em suma, nas relações jurídicas de direito público o Estado encontra-se em posição de desigualdade jurídica relativamente ao particular, subordinando os interesses deste aos interesses da coletividade, ao interesse público, representados pelo Estado na relação jurídica.

Integram esse ramo o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário, o direito penal etc.

O **direito privado** tem como escopo principal a regulação dos interesses individuais, como forma de possibilitar o convívio das pessoas em sociedade e uma harmoniosa fruição de seus bens.

A nota característica do direito privado é a existência de **igualdade jurídica** entre os pólos das relações por ele regidas. Como os interesses tutelados são interesses particulares, não há motivo para que se estabeleça, *a priori*, qualquer relação de subordinação entre as partes. Mesmo quando o Estado integra um dos pólos de uma relação regida pelo direito privado, há igualdade jurídica entre as partes. Nessas hipóteses, de que são exemplos a venda no mercado de produtos fabricados por uma sociedade de economia mista, ou a celebração de um contrato de abertura de conta corrente entre um particular e a Caixa Econômica Federal S/A, o Estado não está, precisamente, tutelando interesses coletivos, descabendo cogitar o uso de seu poder de império; deve, por isso, colocar-se em pé de igualdade com o pólo oposto da relação jurídica.

O direito comercial e o direito civil são os integrantes típicos do direito privado. Cabe observar, todavia, que não há ramo do Direito em que todas as relações jurídicas sejam integralmente regidas pelo direito privado. Há determinadas relações, mesmo travadas exclusivamente entre particulares, que podem ter repercussão nos interesses da coletividade como um todo. Em casos assim, é comum o ordenamento estabelecer regras de direito público, impositivas, derogatórias do direito privado, excluindo a possibilidade de as partes livremente fazerem valer sua vontade, afastando a incidência dos princípios basilares do direito privado: autonomia da vontade e liberdade negocial.

Por outro lado, também no âmbito dos ramos do Direito classificados como ramos do direito público, inúmeras relações jurídicas sujeitam-se à aplicação subsidiária do direito privado, ou, até mesmo, são regidas predominantemente pelo direito privado.

O que **não** é possível é alguma atuação do Estado, em qualquer campo, ser regida **exclusivamente** pelo direito privado, com **total** afastamento de normas de direito público. O Estado pode integrar relações jurídicas regidas exclusiva ou predominantemente pelo direito público, o que ocorre na maioria

das situações, e pode integrar relações jurídicas regidas predominantemente pelo direito privado, o que se verifica, por exemplo, quando atua no domínio econômico, como agente produtivo (Estado-empresário).

Conforme antes afirmado, o direito administrativo é um dos ramos do direito público, uma vez que rege a organização e o exercício de atividades do Estado voltadas para a satisfação de interesses públicos.

São vários os conceitos apresentados pela doutrina para o direito administrativo, especialmente porque há autores que adotam critérios distintos para a demarcação do campo de atuação desse ramo do Direito.

O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello aduz um conceito sintético de direito administrativo, definindo-o como “o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”.

Para o Prof. Hely Lopes Meirelles, o direito administrativo consiste no “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

A Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o direito administrativo como “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”.

De nossa parte, baseados nas definições propostas por alguns dos mais importantes administrativistas pátrios, conceituamos o direito administrativo como o **conjunto de regras e princípios aplicáveis à estruturação e ao funcionamento das pessoas e órgãos integrantes da administração pública, às relações entre esta e seus agentes, ao exercício da função administrativa, especialmente às relações com os administrados, e à gestão dos bens públicos, tendo em conta a finalidade geral de bem atender ao interesse público.**

2. OBJETO E ABRANGÊNCIA

Dizer que o direito administrativo é um ramo do direito público não significa que seu objeto esteja restrito a relações jurídicas regidas pelo direito público. Em um Estado democrático-social, como o brasileiro, a administração pública atua nos mais diversos setores – até mesmo como agente econômico –, sendo frequentes as situações em que ela deve figurar nas relações jurídicas despida de prerrogativas públicas.

Nesses casos, quando a administração comparece sem revestir a qualidade de poder público – por exemplo, celebrando um contrato de locação, na condição de locatária –, as relações jurídicas de que participe são regidas, predominantemente, pelo direito privado, estando ausentes as prerrogativas especiais típicas do direito público. Não obstante, tais relações jurídicas são objeto do direito administrativo, estando sempre sujeitas, em variável medida, a regras e princípios próprios desse ramo do Direito, tais quais o princípio da indisponibilidade do interesse público, o princípio da publicidade, o princípio da probidade.

Merece menção, também, a situação dos agentes públicos que mantêm vínculo funcional permanente de natureza contratual com a administração pública, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (ressalvadas algumas derrogações de direito público, impostas pela própria Constituição). As relações entre eles – os empregados públicos em sentido próprio – e a administração pública, de natureza trabalhista (celetista), são regidas predominantemente pelo direito privado, mas, não obstante, constituem objeto do direito administrativo, pela mesma razão acima apontada – sujeição a princípios como a indisponibilidade do interesse público.

Ainda, são objeto do direito administrativo atividades de administração pública em sentido material que, embora exercidas por particulares, o são sob regime de direito público. É o que ocorre com as delegatárias de serviços públicos, pessoas privadas, não integrantes da administração pública, mas que, na prestação dos serviços públicos delegados, sujeitam-se a regras de direito público, pertinentes ao direito administrativo.

Em síntese, o **objeto do direito administrativo** abrange todas as relações internas à administração pública – entre os órgãos e entidades administrativas, uns com os outros, e entre a administração e seus agentes, estatutários e celetistas –, todas as relações entre a administração e os administrados, regidas predominantemente pelo direito público ou pelo direito privado, bem como atividades de administração pública em sentido material exercidas por particulares sob regime de direito público, a exemplo da prestação de serviços públicos mediante contratos de concessão ou de permissão.

É importante frisar que, embora a atividade de Administração Pública seja função típica do Poder Executivo, os outros Poderes (Legislativo e Judiciário) também praticam atos que, pela sua natureza, são objeto do direito administrativo. Assim, quando os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário estão atuando como administradores de seus serviços, de seus bens ou de seu pessoal, estão praticando atos administrativos, sujeitos ao regramento do direito administrativo. A nomeação de um servidor, a aplicação de uma penalidade disciplinar, o remanejamento de pessoal ou a realização de uma licitação pública serão sempre atividades abrangidas pelo direito administra-

tivo, quer se realizem no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário.

O entendimento que restringe o objeto do direito administrativo exclusivamente às atividades exercidas pelo Poder Executivo não é admissível, porquanto os outros Poderes também exercem atividades administrativas. De outra parte, devemos ressaltar que o Poder Executivo exerce, além de função administrativa, a chamada função de Governo (função de estabelecimento das diretrizes de atuação do Poder Executivo, de fixação de políticas públicas, não de mera execução dessas diretrizes e políticas), de cunho político, que não constitui objeto de estudo do direito administrativo.

3. CODIFICAÇÃO E FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo no Brasil não se encontra codificado, isto é, os textos administrativos não estão reunidos em um só corpo de lei, como ocorre com outros ramos do nosso Direito (Código Penal, Código Civil). As regras administrativas estão consubstanciadas no texto da Constituição e numa infinidade de leis esparsas, o que dificulta ao leitor o conhecimento e a formação de uma visão sistemática, orgânica, desse importante ramo do Direito.

São exemplos de leis administrativas relevantes: Lei nº 8.112/1990 – regime jurídico dos servidores públicos federais estatutários; Lei nº 8.666/1993 – normas gerais sobre licitações e contratos administrativos; Lei nº 8.987/1995 – lei geral das concessões e permissões de serviços públicos; Lei nº 9.784/1999 – normas gerais aplicáveis aos processos administrativos federais; Lei nº 11.079/2004 – lei geral das parcerias público-privadas; Lei nº 11.107/2005 – normas gerais de contratação de consórcios públicos.

O direito administrativo tem sua formação norteadada por quatro fontes principais: a lei, a jurisprudência, a doutrina e os costumes.

A lei é a fonte primordial do direito administrativo brasileiro, em razão da rigidez que nosso ordenamento empresta ao princípio da legalidade nesse ramo jurídico. Embora o vocábulo “lei” abranja, como fonte principal do direito administrativo, a Constituição – sobretudo as regras e princípios administrativos nela vazados – e os atos normativos primários (leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias), devem ser incluídos, secundariamente, também os atos normativos infralegais, expedidos pela administração pública, nos termos e limites das leis, os quais são de observância obrigatória pela própria administração.

A jurisprudência, representada pelas reiteradas decisões judiciais em um mesmo sentido, é fonte secundária do direito administrativo, influenciando marcadamente a construção e a consolidação desse ramo do Direito.

Embora as decisões judiciais, como regra, não tenham aplicação geral, eficácia *erga omnes* (efeito vinculante), isto é, somente se apliquem de forma obrigatória às partes que integraram o respectivo processo, há que se ressaltar que nosso ordenamento constitucional atribui efeito vinculante geral – relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal – às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações integrantes do controle abstrato de normas (arguição de descumprimento de preceito fundamental – CF, art. 102, § 1º; ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade – CF, art. 102, § 2º).

Ademais, foi introduzida no Direito brasileiro a figura da súmula vinculante, que poderá ser aprovada pelo Supremo Tribunal Federal após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, com o fim de outorgar força obrigatória às suas decisões proferidas em casos concretos submetidos à sua apreciação, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 103-A, introduzido pela EC nº 45/2004).

Essas decisões judiciais com efeitos vinculantes, com eficácia *erga omnes*, não podem ser consideradas meras fontes secundárias de direito administrativo, e sim fontes principais, uma vez que alteram diretamente nosso ordenamento jurídico positivo, estabelecendo condutas de observância obrigatória para toda a Administração Pública (e para o próprio Poder Judiciário).

A doutrina, entendida como conjunto de teses, construções teóricas e formulações descritivas acerca do direito positivo, produzidas pelos estudiosos do Direito, constitui fonte secundária do direito administrativo, influenciando não só a elaboração de novas leis como também o julgamento das lides de cunho administrativo.

Os costumes sociais – conjunto de regras não-escritas, porém observadas de modo uniforme pelo grupo social, que as considera obrigatórias – só têm importância como fonte do direito administrativo quando de alguma forma influencia a produção legislativa ou a jurisprudência, ou seja, menos que uma fonte secundária, é, quando muito, uma fonte indireta. Um pouco diferente é a situação dos costumes administrativos (praxe administrativa), isto é, as práticas reiteradamente observadas pelos agentes administrativos diante de determinada situação. A praxe administrativa, nos casos de lacuna normativa, funciona efetivamente como fonte secundária de direito administrativo, podendo mesmo gerar direitos para os administrados, em razão dos princípios da lealdade, da boa-fé e da moralidade administrativa.

4. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS: SISTEMA INGLÊS E SISTEMA FRANCÊS

Sistema administrativo vem a ser o regime adotado pelo Estado para o controle dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público nas diversas esferas e em todos os Poderes. São dois os sistemas existentes: sistema inglês e sistema francês.

O **sistema inglês**, ou de **unicidade de jurisdição**, é aquele em que todos os litígios – administrativos ou que envolvam interesses exclusivamente privados – podem ser levados ao Poder Judiciário, único que dispõe de competência para dizer o direito aplicável aos casos litigiosos, de forma definitiva, com força da chamada **coisa julgada**. Diz-se que somente o Poder Judiciário tem jurisdição, em sentido próprio.

Deve-se observar que a adoção do sistema de jurisdição única não implica a vedação à existência de solução de litígios em âmbito administrativo. O que se assegura nesse sistema é que qualquer litígio, de qualquer natureza, ainda que já tenha sido iniciado (ou já esteja concluído) na esfera administrativa, pode, sem restrições, ser levado à apreciação do Poder Judiciário. Assim, mesmo que uma questão entre um particular e a Administração já tenha sido apreciada em um processo administrativo, o particular, se não satisfeito com a decisão proferida nessa esfera, poderá discutir a matéria perante o Poder Judiciário, o qual detém a competência exclusiva para dizer o direito aplicável ao caso concreto em caráter definitivo.

Cabe, ademais, anotar que o sistema de unicidade de jurisdição não impede a realização do controle de legalidade dos atos administrativos pela própria Administração Pública que os tenha editado. Deveras, sem prejuízo da sujeição de todo e qualquer ato administrativo a controle judicial de legalidade, dispõe também a própria Administração Pública que tenha praticado o ato de competência para anulá-lo, caso constate a existência de vício. Essa competência, a rigor, não traduz uma faculdade, mas um verdadeiro dever da Administração Pública, o denominado poder-dever de autotutela administrativa.

O **sistema francês**, ou de **dualidade de jurisdição**, ou **sistema do contencioso administrativo** é aquele em que se veda o conhecimento pelo Poder Judiciário de atos da Administração Pública, ficando estes sujeitos à chamada jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa. Nesse sistema há, portanto, uma dualidade de jurisdição: a **jurisdição administrativa** (formada pelos tribunais de natureza administrativa, com plena jurisdição em matéria administrativa) e a **jurisdição comum** (formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios).

5. SISTEMA ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Brasil adotou o chamado **sistema inglês**, **sistema de jurisdição única** ou **sistema de controle judicial**, em que todos os litígios – administrativos ou que envolvam interesses exclusivamente privados – são resolvidos definitivamente pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade de jurisdição ou da unicidade de jurisdição encontra-se expresso como garantia individual, ostentando *status* de cláusula pétrea constitucional, no inciso XXXV do art. 5º da Carta Política de 1988. Por força desse dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entretanto, conforme antes explicado, afirmar que no Brasil o controle da legalidade da atividade administrativa é efetivado pelo Poder Judiciário não significa retirar da Administração Pública o poder de controlar os seus próprios atos. É evidente que não. No Brasil, temos órgãos de índole administrativa, com competência específica, que decidem litígios da mesma natureza. A diferença é que, no sistema de **jurisdição única**, como é o nosso, as decisões dos órgãos administrativos não são dotadas da força e da definitividade próprias das decisões do Poder Judiciário. Os órgãos administrativos solucionam litígios dessa natureza, mas suas decisões não fazem coisa julgada em sentido próprio, ficando sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário, sempre mediante provocação, em regra, do particular que não concorde com a decisão proferida no litígio administrativo em que ele foi parte.

Por exemplo, se uma autoridade da Administração Tributária, em procedimento de fiscalização, aplica uma multa a uma empresa comercial, o representante da pessoa jurídica poderá recorrer ao Poder Judiciário, se entender que a multa dele cobrada não é devida, ou seja, que está havendo uma lesão a um direito seu.

Entretanto, no Brasil, esse mesmo comerciante pode, se desejar, impugnar a exigência administrativa perante o mesmo órgão que o autuou (ou perante algum órgão administrativo especializado, se existente), contestando a multa e apresentando as razões de fato e de direito que entender comprovarem a legitimidade de sua irresignação. Essa atitude do contribuinte provocará a instauração de um processo administrativo, ao término do qual a Administração Pública, exercendo o controle da legalidade e da legitimidade do ato administrativo de imposição da multa, decidirá se houve alguma irregularidade na aplicação desta ou se as alegações do contribuinte são infundadas.

Decidindo em favor do contribuinte, ele, evidentemente, não terá mais interesse em discutir o assunto seja lá onde for. Diferentemente, se a Administração decidir pela manutenção da multa, o contribuinte pode, ainda, propor ação judicial apresentando as provas que entender cabíveis a fim de tentar afastar aquilo que ele entende como uma lesão ao seu direito.

Somente a decisão final proferida pelo Poder Judiciário terminará definitivamente a questão, fazendo a denominada coisa julgada e impedindo que esse mesmo assunto seja discutido outra vez no âmbito de qualquer Poder.

Deve, ainda, ficar claro que, mesmo após o início do processo administrativo, por iniciativa do administrado, esse pode abandoná-lo em qualquer etapa e recorrer ao Poder Judiciário, a fim de ver decidida nessa esfera sua questão.

Portanto, no Brasil, o administrado tem a opção de resolver seus conflitos com a Administração Pública instaurando processos perante ela. O administrado, mesmo após instaurado um processo administrativo, pode abandoná-lo em qualquer etapa e recorrer ao Poder Judiciário para ver resolvido seu litígio. O administrado pode, ainda, em qualquer hipótese, recorrer diretamente ao Poder Judiciário quando entender que se perpetrou alguma lesão ou ameaça a direito seu.

É oportuno, ainda, comentarmos que, embora a decisão administrativa não assuma caráter de definitividade para o particular, que sempre pode rediscutir a matéria em juízo, para a Administração Pública a decisão administrativa proferida ao término do processo administrativo será definitiva quando for favorável ao particular. Em outras palavras, a Administração não pode recorrer ao Poder Judiciário contra uma decisão administrativa que ela mesma haja proferido no exercício de seu poder-dever de autotutela.

Em síntese, embora no Brasil sejam comuns processos, procedimentos, e mesmo litígios, instaurados e solucionados em âmbito administrativo, sempre que o administrado entender que houve lesão a direito seu, poderá recorrer ao Poder Judiciário, antes ou depois de esgotada a via administrativa.¹ O Poder Judiciário, uma vez provocado, poderá confirmar o entendimento esposado pela Administração ou modificá-lo. De qualquer forma, somente após esgotada a via judicial pelo particular a questão suscitada estará definitivamente solucionada.

Cumpre, por fim, abrir um parêntese para registrar que, embora seja certo que todos os atos administrativos podem ser submetidos a controle

¹ Impende observar que há duas situações em que é exigido o esgotamento, ou pelo menos a utilização inicial da via administrativa, a saber:

- (a) nas lides desportivas, uma vez que, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição, "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei" (apesar da denominação "justiça desportiva", os órgãos que a integram são órgãos administrativos);
- (b) no *habeas data*, porquanto "a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*; sem que se configure situação prévia de pretensão, há carência da ação constitucional do *habeas data*" (STF, HD 22/DF, rel. Min. Celso de Mello, 19.09.1991).

de legalidade pelo Poder Judiciário, existem outros atos ou decisões – não enquadrados como atos administrativos em sentido próprio – que não se sujeitam a apreciação judicial. São exemplos os denominados **atos políticos**, tais como a sanção ou veto a um projeto de lei pelo Chefe do Poder Executivo e o estabelecimento das denominadas políticas públicas (fixação das diretrizes gerais de atuação governamental). Também é ilustrativa a previsão constitucional de julgamento do processo de *impeachment* do Presidente da República, o qual compete ao Senado Federal (CF, art. 52, I), sem possibilidade de revisão judicial do mérito da decisão por ele proferida.

6. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

O denominado “regime jurídico-administrativo” é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e à atuação dos agentes administrativos em geral. Baseia-se na idéia de existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela Administração Pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma Administração, não existentes – nem os poderes nem as restrições – nas relações típicas do direito privado. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da **supremacia do interesse público** e da **indisponibilidade do interesse público**.

O princípio da **supremacia do interesse público** fundamenta a existência das prerrogativas ou dos poderes especiais da Administração Pública, dos quais decorre a denominada **verticalidade** nas relações Administração-particular. Toda atuação administrativa em que exista imperatividade, em que sejam impostas, unilateralmente, obrigações para o administrado, ou em que seja restringido ou condicionado o exercício de atividades ou de direitos dos particulares é respaldada pelo princípio da supremacia do interesse público.

O fundamento para a existência desse princípio é o seguinte: o Estado, atualmente, tem obrigação de atingir uma série de finalidades, que a Constituição e as leis lhe indicam. Para atingir esses objetivos, muitas vezes é necessário que o Estado disponha de poderes não cogitados para os particulares em geral, não existentes no direito privado, o qual é caracterizado pela horizontalidade nas relações jurídicas, pela igualdade jurídica entre as partes. As prerrogativas que o ordenamento jurídico confere ao Estado, então, que são típicas do direito público, justificam-se tão-somente na estrita medida em que são necessárias para que o Estado logre atingir os fins que lhe são impostos por esse mesmo ordenamento jurídico. Frise-se que não é a Administração Pública que determina a finalidade de sua própria atuação, mas sim a Constituição e as leis. A Administração atua estritamente subordinada

à lei, como simples gestora da coisa pública, e possui poderes especiais unicamente como meios, como instrumentos para atingir os objetivos que juridicamente é obrigada a perseguir.

Exemplos de manifestações do princípio da supremacia do interesse público temos no exercício do poder de polícia, nas chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que possibilitam à Administração, dentre outras prerrogativas, modificar unilateralmente o pactuado, nas hipóteses de intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, na presunção de legitimidade dos atos administrativos, na auto-executoriedade de atos administrativos etc.

A noção central desse princípio é: havendo conflito entre o interesse público e os interesses de particulares, aquele deve prevalecer. Impende, todavia, ressaltar enfaticamente o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a necessidade de que a atuação da Administração ocorra sempre nos termos e limites da lei e do Direito, observado o devido processo legal.

O segundo princípio, o da **indisponibilidade do interesse público**, faz contraponto ao primeiro. Ao mesmo tempo em que tem poderes especiais, exorbitantes do direito comum, a Administração sofre restrições em sua atuação que não existem para os particulares. Essas limitações decorrem do fato de que a Administração não é proprietária da coisa pública, não é proprietária do patrimônio público, não é titular do interesse público, mas sim o povo. Em linguagem jurídica, dispor de alguma coisa é, simplificada, poder fazer o que se queira com ela, sem dar satisfações a ninguém. A disponibilidade é característica do direito de propriedade.

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe, a rigor, a idéia de “vontade autônoma” da Administração, mas sim de “vontade” da lei, que é o instrumento que legitimamente traduz a “vontade geral”, vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. Além disso, toda a atuação da Administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle.

Desse modo, são decorrências típicas do princípio da indisponibilidade do interesse público a necessidade de realizar concurso público para admissão de pessoal permanente (empregados e servidores públicos efetivos), a necessidade, em regra, de realizar licitação prévia para celebração de contratos administrativos, a exigência de motivação dos atos administrativos (também regra geral), as restrições à alienação de bens públicos etc.

Em suma, ao tratarem do regime jurídico-administrativo, nossos mais importantes autores acentuam a existência, de um lado, de prerrogativas

especiais da Administração, de poderes não existentes no direito privado, e, de outro, de restrições ou limitações na atuação administrativa que não se verificam entre os particulares.

A Constituição de 1988, ao tratar da Administração Pública, não traz expressos os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, no *caput* de seu art. 37, enumera alguns dos mais importantes princípios administrativos que diretamente deles decorrem: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios expressos serão estudados, ao lado de outros igualmente relevantes, em capítulo específico desta obra.

Capítulo 2

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. NOÇÕES DE ESTADO

O Estado é pessoa jurídica territorial soberana, formada pelos elementos povo, território e governo soberano. Esses três elementos são indissociáveis e indispensáveis para a noção de um Estado independente: o povo, em um dado território, organizado segundo sua livre e soberana vontade.

O Estado é um ente personalizado (pessoa jurídica de direito público, nos termos dos arts. 40 e 41 do nosso Código Civil), apresentando-se – tanto nas relações internacionais, no convívio com outros Estados soberanos, como internamente – como sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.

A organização do Estado é matéria de cunho constitucional, especialmente no tocante à divisão política do seu território, à organização de seus Poderes, à forma de governo adotada e ao modo de aquisição do poder pelos governantes.

1.1. Forma de Estado

A partir da organização política do território, surge a noção de Estado unitário e de Estado federado (complexo ou composto). Caso no território haja um só poder político central, teremos o chamado Estado unitário; caso no mesmo território coexistam poderes políticos distintos, estaremos diante do chamado Estado federado (complexo ou composto).

O Estado unitário é marcado pela “centralização política”, em que um só poder político central irradia sua competência, de modo exclusivo, por todo o

território nacional e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais e locais (o Uruguai, por exemplo, é um Estado unitário; existe em seu território um só poder político central).

O Estado federado tem como característica a “descentralização política”, marcada pela convivência, num mesmo território, de diferentes entidades políticas autônomas, distribuídas regionalmente (no Brasil, por exemplo, temos a coexistência, no mesmo território, de esferas políticas distintas e autônomas – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios).

A Constituição Federal de 1988 adotou como forma de Estado o federado, integrado por diferentes centros de poder político. Assim, temos um poder político central (União), poderes políticos regionais (estados) e poderes políticos locais (municípios), além do Distrito Federal, que, em virtude da vedação constitucional à sua divisão em municípios, acumula os poderes regionais e locais (CF, art. 32, § 1º). No Brasil, a forma federativa de Estado constitui cláusula pétrea, insuscetível de abolição por meio de reforma constitucional (CF, art. 60, § 4º, I).

Não existe subordinação, isto é, não há hierarquia entre os diversos entes federados no Brasil. A relação entre eles é caracterizada pela coordenação, tendo, cada um, autonomia política, financeira e administrativa. Em decorrência dessa forma de organização, verificamos a existência de Administrações Públicas autônomas em cada uma das esferas da Federação. Temos, portanto, uma Administração Pública federal, uma Administração distrital, Administrações estaduais e Administrações municipais. Todas essas Administrações Públicas, em sua atuação, estão adstritas às regras e princípios orientadores do direito administrativo como um todo. Além da sujeição de todas as Administrações às normas de direito administrativo constantes da Constituição Federal, existem determinadas matérias, especialmente as concernentes a normas gerais, que devem ser disciplinadas por meio de leis nacionais, editadas pelo Congresso Nacional, de observância obrigatória por parte de todas as esferas da Federação. É o caso, por exemplo, da Lei nº 8.666/1993, que, regulando o art. 37, XXI, da Constituição, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos que devem ser observadas pela União, pelo Distrito Federal, pelos estados e pelos municípios.

1.2. Poderes do Estado

Integram a organização política do Estado os denominados “Poderes”, que representam uma divisão estrutural interna, visando ao mesmo tempo à especialização no exercício das funções estatais e a impedir a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa ou órgão. No clássico modelo de tripartição, concebido em 1748 por Charles de Montesquieu, esses Poderes do Estado são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Seguindo a tradicional doutrina, a Carta de 1988 estabelece, expressamente, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CF, art. 2º); veda, ademais, proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes (CF, art. 60, § 4º, III), significa dizer, confere natureza de cláusula pétrea ao princípio da separação dos Poderes, ou princípio da divisão orgânica das funções do Estado.

Na história do constitucionalismo, a idéia inicial de uma rígida separação entre os Poderes foi sendo substituída pela proposta de uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre eles. Com isso, cada Poder passou a desempenhar não só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros Poderes. A separação **rígida**, aos poucos, deu lugar a uma divisão **flexível** das funções estatais, na qual cada Poder termina por exercer, em certa medida, as três funções do Estado: uma em caráter predominante (por isso denominada **típica**), e outras de natureza acessória, denominadas **atípicas** (porque, em princípio, são próprias de outros poderes).

Esse modelo – separação de Poderes **flexível** – foi o adotado pela Constituição Federal de 1988, de sorte que cada um dos Poderes não se limita a exercer as funções estatais que lhe são típicas, mas também desempenha funções denominadas atípicas, isto é, assemelhadas às funções típicas de outros Poderes. Assim, tanto o Judiciário quanto o Legislativo desempenham, além de suas funções próprias ou típicas (jurisdicional e legislativa¹, respectivamente), funções atípicas administrativas, quando, por exemplo, exercem a gestão de seus bens, pessoal e serviços. Por outro lado, o Executivo e o Judiciário desempenham, também, função atípica legislativa (este, na elaboração dos regimentos dos tribunais; aquele, quando expede, por exemplo, medidas provisórias e leis delegadas). Finalmente, o Executivo e o Legislativo também exercem, além de suas funções próprias, a função atípica de julgamento (o Executivo, quando profere decisões nos processos administrativos; o Legislativo, quando julga autoridades nos crimes de responsabilidade, na forma do art. 52, I, II, e parágrafo único, da Constituição).

Como se vê, a função administrativa é predominantemente exercida pelo Poder Executivo; mas, como nossa Constituição não adota um modelo de rígida separação, os demais Poderes do Estado também exercem, além de suas atribuições típicas (legislativa e jurisdicional), algumas funções mate-

¹ O Poder Legislativo, a rigor, é o único ao qual a Constituição atribui **duas** funções **típicas**, de igual relevância: a função de elaborar atos normativos primários (função legislativa) e a função de **fiscalizar** o Poder Executivo, sobretudo o exercício da atividade administrativa desse Poder (vide, por exemplo, o art. 49, X, o art. 70, o art. 58, § 3º, todos da Carta da República).

riamente administrativas. O desempenho dessas funções administrativas, seja qual for o Poder que as esteja exercendo, deverá sempre observar as normas e princípios pertinentes ao direito administrativo.

Em suma, o ponto a ressaltar, tendo em conta o objeto desta obra, é a existência, no Brasil, de exercício de atividades de natureza administrativa em todos os Poderes da República. Há órgãos administrativos no Poder Legislativo (denominados “mesas”, tais como a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as mesas das assembleias legislativas) e no Poder Judiciário (são as “secretarias” dos tribunais em geral). Por outras palavras, a Administração Pública brasileira não se restringe ao Poder Executivo; temos Administração Pública em cada um dos entes federados, em todos os Poderes do Estado. Seja qual for o órgão que a exerça, a atividade administrativa está sempre sujeita às regras e princípios norteadores do direito administrativo.

2. NOÇÕES DE GOVERNO

No âmbito do direito administrativo, a expressão “Governo” é usualmente empregada para designar o conjunto de órgãos constitucionais responsáveis pela função política do Estado. O Governo tem a incumbência de exercer a direção suprema e geral do Estado, determinar a forma de realização de seus objetivos, estabelecer as diretrizes que pautarão sua atuação, os planos governamentais, sempre visando a conferir unidade à soberania estatal. Essa função política, própria do Governo, abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam.

Conforme se constata, a noção de Governo está relacionada com a função **política** de comando, de coordenação, de direção e de fixação de planos e diretrizes de atuação do Estado (as denominadas políticas públicas). Não se confunde com o conceito de Administração Pública em sentido estrito, que vem a ser, conforme veremos adiante, o aparelhamento de que dispõe o Estado para a mera **execução** das políticas do Governo, das políticas públicas, estabelecidas no exercício da atividade política.

2.1. Sistema de governo

O modo como se dá a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no exercício das funções governamentais representa outro importante aspecto da organização estatal. A depender das características desse relacionamento, da maior independência ou maior colaboração entre eles, teremos dois sistemas de governo: o sistema presidencialista e o sistema parlamentarista.

No presidencialismo, predomina o princípio da divisão dos Poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si. O Presidente da República exerce a chefia do Poder Executivo em toda a sua inteireza, acumulando as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, e cumpre mandato fixo, não dependendo da confiança do Poder Legislativo para sua investidura, tampouco para o exercício do cargo. Por sua vez, o Poder Legislativo não está sujeito a dissolução pelo Executivo, uma vez que seus membros são eleitos para um período certo de tempo.

O parlamentarismo é o sistema de governo em que há, predominantemente, uma colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nele, o Poder Executivo é dividido em duas frentes: uma chefia de Estado, exercida pelo Presidente da República ou pelo Monarca; uma chefia de Governo, exercida pelo Primeiro Ministro ou pelo Conselho de Ministros. O Primeiro Ministro normalmente é indicado pelo Presidente da República, mas sua permanência no cargo depende da confiança do Parlamento. Se o Parlamento retirar a confiança do Governo, ele cai, exonera-se, dando lugar à formação de um novo Governo, porque os membros do Governo não possuem mandato, tampouco investidura a prazo certo, mas apenas investidura de confiança. Por outro lado, se o Governo entender que o Parlamento perdeu a confiança do povo, poderá optar pela dissolução do Parlamento, convocando novas eleições extraordinárias para a formação de outro Parlamento que lhe dê sustentação.

No Brasil, optou-se pelo sistema presidencialista de Governo. O Presidente da República é o Chefe do Poder Executivo federal e exerce, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Pública federal, cabendo a ele sua organização e estruturação, nos termos dos arts. 61 e 84 da Constituição. Em decorrência da forma federativa de Estado e do princípio da simetria das esferas políticas, os Chefes dos Poderes Executivos e das Administrações Públicas do Distrito Federal e dos estados serão, respectivamente, o Governador do Distrito Federal e os Governadores dos Estados; pela mesma razão, os Chefes dos Poderes Executivos municipais, bem como das Administrações Públicas dos municípios, serão os seus Prefeitos.

2.2. Forma de governo

O conceito de forma de governo está relacionado com a maneira como se dá a instituição e a transmissão do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados.

A **república** é a forma de governo caracterizada pela eletividade e pela temporalidade dos mandatos do Chefe do Poder Executivo, com o dever de prestação de contas (responsabilidade do governante).

Diferentemente, a **monarquia** é caracterizada pela hereditariedade e vitaliciedade, com ausência de prestação de contas (irresponsabilidade do monarca).

No Brasil, a forma de governo adotada é a republicana.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito

Administração Pública em **sentido amplo** abrange os **órgãos de governo**, que exercem **função política**, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem **função meramente administrativa**. Deve-se entender por função política, neste contexto, o estabelecimento das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação do Governo, a fixação das denominadas **políticas públicas**. De outra parte, função meramente administrativa resume-se à **execução** das políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política.

Cumprir enfatizar que elaborar políticas públicas ou planos de governo não significa atuar ao arrepio da lei. Deveras, a Administração Pública, mesmo tomada em sentido amplo, tem toda sua atuação subordinada à lei (isto é, à Constituição, às leis propriamente ditas e outros atos de natureza legislativa, enfim, ao Direito como um todo). Entretanto, no que toca aos fins do Estado, o ordenamento jurídico estabelece normas genéricas, amplas, muitas vezes traduzidas em normas programáticas, indicando objetivos gerais a serem perseguidos pelo Poder Público. O “como fazer”, o estabelecimento das prioridades na execução, o detalhamento dos programas de ação, tudo isso é atividade administrativa em sentido amplo, vale dizer, atividade **política**, para o exercício da qual o Poder Público, embora subordinado à lei e ao Direito, dispõe de ampla discricionariedade.

Administração Pública em **sentido estrito** só inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem **função meramente administrativa**, de **execução** dos programas de governo. Ficam excluídos os órgãos políticos e as funções políticas, de **elaboração** das políticas públicas.

Neste trabalho, a expressão “Administração Pública” será empregada no seu sentido estrito, próprio, limitado às funções meramente administrativas e aos órgãos e entidades que as desempenham.

3.2. Administração Pública em sentido formal, subjetivo ou orgânico

Administração Pública em sentido **formal, subjetivo** ou **orgânico** é o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes que o nosso ordenamento jurídico identifica como Administração Pública, não importa a atividade que exerçam (como regra, evidentemente, esses órgãos, entidades e agentes desempenham função administrativa).

O Brasil adota o critério formal de Administração Pública. Portanto, somente é Administração Pública, juridicamente, aquilo que nosso Direito assim considera, não importa a atividade que exerça. A Administração Pública, segundo nosso ordenamento jurídico, é integrada exclusivamente: (a) pelos órgãos integrantes da denominada Administração Direta (são os órgãos integrantes da estrutura de uma pessoa política que exercem função administrativa); e (b) pelas entidades da Administração Indireta.

Somente são entidades da Administração Indireta estas, e nenhuma outra, não importa a atividade que exerçam:

- a) autarquias;
- b) fundações públicas (FP);
- c) empresas públicas (EP);
- d) sociedades de economia mista (SEM).

Dessa forma, temos entidades formalmente integrantes da Administração Pública brasileira que não desempenham função administrativa, e sim atividade econômica, como ocorre com a maioria das empresas públicas e sociedades de economia mista (CF, art. 173).

Por outro lado, há entidades privadas, **não integrantes** da Administração Pública formal, que exercem atividades identificadas como próprias da função administrativa, a exemplo das concessionárias de serviços públicos (que atuam por delegação) e das organizações sociais (que exercem atividades de utilidade pública, previstas em contrato de gestão celebrado com o Poder Público, mas que não são formalmente Administração Pública); não obstante a atividade exercida, essas entidades privadas, cabe repetir, **não integram** a Administração Pública brasileira, justamente porque no Brasil é adotado o critério formal.

Uma observação faz-se oportuna.

Embora seja certo que a aceção formal ou subjetiva de Administração Pública não deva levar em conta a atividade realizada, é freqüente os autores a esta se referirem. Esses autores costumam identificar Administração Pública, em sentido subjetivo, com a totalidade do **aparelhamento** de que

dispõe o Estado para a execução das **atividades compreendidas na função administrativa**. Citamos como exemplo a definição proposta pela Prof.^a Maria Sylvania Di Pietro:

“Desse modo, pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”

É interessante que tais autores, depois de apresentarem definições similares à supratranscrita, afirmam que a Administração Pública formal, no Brasil, compreende a Administração Direta e a Administração Indireta, apontando como componentes desta última as quatro categorias de entidades enumeradas acima.

Ora, não há celeuma quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive as exploradoras de atividades econômicas, integrarem a Administração Indireta, que, por sua vez, é parte da Administração Pública formal. Logo, não é rigorosamente correto afirmar que Administração Pública, em sentido subjetivo, corresponda ao aparelhamento do Estado destinado ao **exercício de função administrativa**, porque há entidades incontroversamente integrantes da Administração Pública formal que exercem atividade econômica em sentido estrito.

Em síntese, como estamos tratando de uma acepção formal, subjetiva, deve-se perquirir tão-somente “quem” o ordenamento jurídico considera Administração Pública, e não “o que” (critério objetivo, material) é realizado. Assim, é inadequada a menção à atividade quando se propõe uma definição formal, subjetiva, de Administração Pública. A referência à atividade, conquanto seja corriqueira, torna o conceito intrinsecamente contraditório, ou leva a excluir indevidamente da Administração Pública formal as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas.

Por fim, cabe lembrar que temos Administração Pública formal em todos os entes federados e em todos os Poderes do Estado. Embora a quase totalidade da Administração Pública esteja concentrada no Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário contêm, em sua estrutura, órgãos administrativos. Ademais, é possível, ao menos em tese, existirem entidades da Administração Indireta vinculadas aos Poderes Legislativo e Judiciário.

3.3. **Administração Pública em sentido material, objetivo ou funcional**

Administração pública em sentido **material, objetivo** ou **funcional** representa o conjunto de atividades que costumam ser consideradas próprias

da função administrativa. O conceito adota como referência a atividade (o **que** é realizado), **não** obrigatoriamente **quem** a exerce.

São usualmente apontadas como próprias da administração pública em sentido material as seguintes atividades:

- 1) **serviço público** (toda atividade que a administração pública executa, direta ou indiretamente, sob regime predominantemente público, para satisfação imediata de uma necessidade pública, ou que tenha utilidade pública);
- 2) **polícia administrativa** (restrições ou condicionamentos impostos ao exercício de atividades privadas em benefício do interesse público; exemplo típico são as atividades de fiscalização);
- 3) **fomento** (incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por exemplo, mediante a concessão de benefícios ou incentivos fiscais);
- 4) **intervenção** (abrangendo toda intervenção do Estado no setor privado, exceto a sua atuação direta como agente econômico; está incluída a intervenção na propriedade privada, a exemplo da desapropriação e do tombamento, e a intervenção no domínio econômico como agente normativo e regulador, por exemplo, mediante a atuação das agências reguladoras, a adoção de medidas de repressão a práticas tendentes à eliminação da concorrência, a formação de estoques reguladores etc.).

Assim, sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em sentido estrito, como o Banco do Brasil S/A, ou a Petrobras S/A, não são consideradas administração pública em sentido material. Por outro lado, as delegatárias de serviços públicos – pessoas privadas que prestam serviços públicos por delegação do Poder Público, como as concessionárias e permissionárias – são consideradas administração pública em sentido material.

Abrimos um parêntese para registrar que alguns autores incluem a atuação direta do Estado na economia, exercida nos termos do art. 173 da Constituição, também como atividade de administração pública em sentido material. Para esses autores, a atuação do Estado como agente econômico estaria incluída no grupo de atividades de administração em sentido material descrito como “intervenção”. Não adotamos essa posição. Somente consideramos atividades administrativas – e, portanto, atividades de administração pública em sentido material – as atividades exercidas sob regime predominante de direito público. Quando o Estado atua como agente econômico, está sujeito predominantemente ao regime de direito privado, exercendo atividade econômica em sentido estrito. Se incluíssemos essas atividades econômicas em sentido estrito no conceito de atividades de administração pública em sentido material, estaríamos, na verdade,

adotando uma concepção **subjetiva**, atribuindo relevância à **pessoa** que exerce a atividade (o Estado, geralmente por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas) e não à atividade em si mesma considerada. Em suma, incluir atividades econômicas no conceito de administração pública em sentido material implica uma contradição incontornável, porque se estará abandonando o critério objetivo (“**o que** é realizado”) e conferindo primazia ao critério subjetivo (“**quem** realiza”) em uma acepção que, por definição, deveria ser objetiva.

4. ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

4.1. Entidades políticas e entidades administrativas

Entidades políticas, pessoas políticas, ou entes federados são os integrantes da Federação brasileira, caracterizados por possuírem autonomia política. Simplificadamente, pode-se dizer que a autonomia política é traduzida pela capacidade de auto-organização (elaboração das próprias Constituições ou Leis Orgânicas) e, sobretudo, pela possibilidade de **legislar**, mais precisamente, de editar leis com fundamento em competências próprias, diretamente atribuídas pela Constituição da República.

As entidades políticas são pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de diversas competências de natureza política, legislativa e administrativa, todas elas, é mister repetir, conferidas diretamente pela Constituição Federal.

No Brasil, são pessoas políticas a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Entidades administrativas são as pessoas jurídicas que integram a Administração Pública formal brasileira, **sem dispor de autonomia política**. Mais especificamente, entidades administrativas são as pessoas jurídicas que compõem a Administração Indireta, a saber, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Essas pessoas jurídicas meramente administrativas não detêm competências legislativas. Deve-se frisar este ponto: a fundamental distinção entre pessoas políticas e pessoas administrativas reside no fato de aquelas legislarem, possuírem competência para **editar** leis, ao passo que estas em nenhuma hipótese legislam, limitando-se a exercer competências de **execução** das leis editadas pelas pessoas políticas.

Em resumo, as entidades políticas têm competências legislativas e administrativas, recebidas diretamente da Constituição Federal, enquan-

to as entidades administrativas só possuem competências administrativas, isto é, de mera **execução** de leis. Uma entidade administrativa recebe suas competências da lei que a cria ou autoriza sua criação, editada pela pessoa política que originalmente recebeu da Constituição Federal essas competências.

Com efeito, as entidades administrativas são criadas pelas pessoas políticas, quando estas entendem ser conveniente que determinada competência originalmente sua passe a ser exercida descentralizadamente. A pessoa política, então, edita uma lei que diretamente cria, ou autoriza a criação da entidade administrativa, outorgando-lhe na lei as competências que entendeu por bem descentralizar.

Embora as entidades administrativas não tenham autonomia política, possuem autonomia administrativa, capacidade de auto-administração, significa dizer, **não são** hierarquicamente subordinadas à pessoa política instituidora e têm capacidade para editar regimentos internos dispondo acerca de sua organização e funcionamento, gestão de pessoas, gestão financeira, gestão de seus serviços, sempre nos termos e limites estabelecidos na lei que criou ou autorizou a criação da entidade administrativa. Essas entidades são vinculadas (sem hierarquia) à pessoa política instituidora, que exerce sobre elas controle administrativo denominado tutela ou supervisão, exercido nos termos da lei, voltado essencialmente à verificação do atingimento de resultados, tendo em conta as finalidades para cuja consecução a entidade administrativa foi criada.

4.2. Noções de centralização, descentralização e desconcentração

O Estado exerce a função administrativa por meio de órgãos, pessoas jurídicas e seus respectivos agentes. Para o desempenho de suas atribuições, o Estado adota duas formas básicas de organização e atuação administrativas: centralização e descentralização.

Ocorre a chamada **centralização** administrativa quando o Estado executa suas tarefas diretamente, por meio dos órgãos e agentes integrantes da denominada Administração Direta. Nesse caso, os serviços são prestados diretamente pelos órgãos do Estado, despersonalizados, integrantes de uma mesma pessoa política (União, Distrito Federal, estados ou municípios).

Ocorre a chamada **descentralização** administrativa quando o Estado desempenha algumas de suas atribuições por meio de outras pessoas, e **não** pela sua Administração Direta. A descentralização pressupõe duas pessoas distintas: o Estado (a União, o Distrito Federal, um estado ou um município) e a pessoa que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição.

A descentralização pode ocorrer por outorga (também denominada descentralização por serviços) ou por delegação (também chamada descentralização por colaboração).²

A descentralização será efetivada mediante **outorga** quando o Estado cria uma entidade (pessoa jurídica) e a ela transfere determinado serviço público. A outorga pressupõe obrigatoriamente a edição de uma **lei** que institua a entidade, ou autorize a sua criação, e normalmente seu prazo é indeterminado.

É o que ocorre na criação das entidades da **Administração Indireta**: o Estado descentraliza a prestação dos serviços, outorgando-os a outras pessoas jurídicas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

A descentralização é efetivada mediante **delegação** quando o Estado transfere, por **contrato** (concessão ou permissão de serviços públicos) ou **ato unilateral** (autorização de serviços públicos), unicamente a execução do serviço, para que a pessoa delegada o preste à população, em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado.

A delegação por contrato é **sempre** efetivada por prazo determinado. Na delegação por ato administrativo (autorização de serviços públicos), como regra, não há prazo certo, em razão da precariedade típica da autorização (possibilidade de revogação a qualquer tempo, em regra sem indenização). A concessão só é possível para pessoas jurídicas, ao passo que pode haver permissão e autorização de serviços públicos tanto para pessoas jurídicas quanto para pessoas físicas.

Embora não haja consenso na doutrina, perfilhamos a corrente que entende que a outorga transfere a própria titularidade do serviço público, e não sua mera execução, como ocorre na delegação.

A nosso ver, assim é porque a outorga sempre exige lei, e é na própria lei que institui a entidade, ou que autoriza a sua instituição, que são estabelecidas as competências a ela outorgadas.

² Cumpre ressaltar que a denominação empregada não é uniforme na doutrina. Alguns autores utilizam as expressões “delegação legal” e “delegação negocial” para se referirem, respectivamente, ao que denominamos “outorga” e “delegação”. Outros reservam o vocábulo “outorga” para a transferência de competências a pessoas jurídicas de direito público e empregam a expressão “delegação legal” quando o destinatário da transferência de atribuição é uma pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública. Qualquer que seja a expressão escolhida, importante é reconhecer, conforme se verá adiante, que a outorga, pelo fato de decorrer de lei, transfere a própria titularidade do serviço público à entidade administrativa, entendimento que defendemos e pensamos ser majoritário na doutrina, embora existam respeitáveis divergências.

Ademais, não pode o poder público simplesmente encampar, ou decretar a caducidade de um serviço outorgado; a retomada do serviço pela pessoa política sempre exige lei e, se for total, implica a extinção da pessoa jurídica da Administração Indireta.

Por essa razão ainda – a outorga transferir a titularidade do serviço e a delegação transferir sua mera execução – os controles exercidos no caso de delegação são muito mais limitadores, os poderes do concedente, tais como a prerrogativa de alteração unilateral das condições de execução do serviço concedido e os poderes relativos à sua fiscalização, inclusive com a possibilidade de intervenção imediata para ulterior apuração de irregularidades, são muito mais abrangentes do que se verifica no âmbito do controle finalístico ou de tutela, que a Administração Direta exerce sobre a Indireta.

Em nenhuma forma de descentralização há hierarquia.

Na relação entre a Administração Direta e a Indireta, diz-se que há **vinculação** (e não subordinação). A primeira exerce sobre a segunda o denominado **controle finalístico ou tutela administrativa ou supervisão**. Para exercício do controle finalístico é exigida expressa previsão legal, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela).

O controle exercido pelo poder delegante, como dito acima, é muito mais amplo do que o exercido nos casos de outorga (por exemplo, possibilidade de alteração unilateral das condições de prestação do serviço, intervenção, decretação de caducidade, aplicação direta de sanções e até mesmo encampação). Contudo, tampouco nesse caso há hierarquia entre o poder público delegante e a delegatária do serviço público. Tem-se controle rígido, poderes especiais atribuídos ao concedente, mas não hierarquia.

Abrimos um parêntese para registrar que a doutrina aponta uma terceira modalidade de descentralização embora, a nosso ver, ela só desperte, atualmente, interesse acadêmico. Trata-se da denominada **descentralização territorial ou geográfica**, que pode ocorrer, no Brasil, na hipótese teórica de vir a ser criado algum Território Federal.³

Nessa forma de descentralização, a União cria uma pessoa jurídica de direito público com limites territoriais determinados e competências administrativas genéricas. Os Territórios Federais são às vezes chamados, pela doutrina, autarquias territoriais ou geográficas, em razão de sua personalidade jurídica de direito público. Diferem os Territórios, entretanto, das autarquias – assim como de todas as entidades da Administração Indireta –, sobretudo, pelo fato de estas terem capacidade administrativa específica, receberem da lei competência para atuar numa área determinada, ao passo que os Territó-

³ CF, art. 18, § 2º: “Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.”

rios possuem capacidade administrativa genérica, para atuação em diversas áreas.

Passemos ao estudo da denominada desconcentração administrativa.

Diferentemente da descentralização, que envolve sempre mais de uma pessoa, a **desconcentração** ocorre exclusivamente dentro da estrutura de **uma mesma pessoa jurídica**. Trata-se, a desconcentração, de mera técnica administrativa de distribuição interna de competências de uma pessoa jurídica.

Ocorre desconcentração administrativa quando uma pessoa política ou uma entidade da Administração Indireta distribui competências no âmbito de sua própria estrutura a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços. Vale repetir, desconcentração envolve, obrigatoriamente, **uma só pessoa jurídica**.

Exemplificando, ocorre desconcentração no âmbito da Administração Direta federal quando a União distribui competências entre diversos órgãos de sua própria estrutura, tais quais os ministérios (Ministério da Educação, Ministério dos Transportes etc.); ou quando uma autarquia, por exemplo, uma universidade pública, estabelece uma divisão interna de funções, criando, na sua própria estrutura, diversos departamentos (departamento de graduação, departamento de pós-graduação, departamento de Direito, departamento de Filosofia, departamento de Economia etc.).

Impende frisar que a desconcentração, mera técnica administrativa de distribuição interna de atribuições, ocorre tanto no exercício de competências pela Administração Direta quanto pela Indireta. É muito mais comum falar-se em desconcentração na Administração Direta pelo simples fato de as pessoas que constituem as Administrações Diretas (União, estados, Distrito Federal e municípios) possuírem um conjunto de competências mais amplo e uma estrutura sobremaneira mais complexa do que os de qualquer entidade das Administrações Indiretas. De qualquer forma, temos desconcentração tanto em um município que se divide internamente em órgãos, cada qual com atribuições definidas, como em uma sociedade de economia mista de um estado-membro, um banco estadual, por exemplo, que organiza sua estrutura interna em superintendências, departamentos ou seções, com atribuições próprias e distintas, a fim de melhor desempenhar suas funções institucionais.

Como resultado da desconcentração temos o surgimento dos denominados **órgãos públicos**. Um órgão público, no sentido aqui empregado, é uma simples abstração, é o nome que se dá a um determinado conjunto de competências, localizado na estrutura interna de uma pessoa jurídica, seja ela da Administração Direta, seja da Administração Indireta. Sempre que na estrutura de uma pessoa administrativa houver organização de competências, atribuições públicas reunidas em unidades de atuação (órgãos), podemos afirmar que se adotou a técnica de organização do serviço público denominada desconcentração administrativa.

Porque a desconcentração ocorre no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, surge relação de **hierarquia**, de **subordinação**, entre os órgãos dela resultantes. No âmbito das entidades desconcentradas temos **controle hierárquico**, o qual compreende os poderes de comando, fiscalização, revisão, punição, solução de conflitos de competência, delegação e avocação.

A doutrina costuma classificar a desconcentração, tomando por base o critério utilizado pela Administração para sua adoção, em: (a) desconcentração em razão da matéria (Ministério da Saúde, da Educação etc.); (b) desconcentração em razão do grau ou da hierarquia (ministérios, secretarias, superintendências, delegacias etc.); (c) desconcentração pelo critério territorial (Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil em São Paulo, no Rio Grande do Sul etc.).

É oportuno mencionar que alguns autores utilizam a expressão **concentração administrativa** para descrever o fenômeno inverso: a situação em que uma determinada pessoa jurídica integrante da Administração Pública extingue órgãos antes existentes em sua estrutura, reunindo em um número menor de unidades as respectivas competências. Imagine-se, como exemplo, que a secretaria da fazenda de um município tivesse em sua estrutura superintendências, delegacias, agências e postos de atendimento, cada um desses órgãos incumbidos de desempenhar específicas competências da referida secretaria. Caso a Administração municipal decidisse, em face de restrições orçamentárias, extinguir os postos de atendimento, atribuindo às agências as competências que aqueles exerciam, teria ocorrido concentração administrativa.

Finalizando, vale notar que um serviço pode ser prestado centralizadamente mediante desconcentração, se o for por um órgão da Administração Direta, ou pode ser prestado descentralizadamente mediante desconcentração, se o for por uma unidade – superintendência, divisão, departamento, seção etc. – integrante da estrutura de uma mesma pessoa jurídica da Administração Indireta (autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista).

4.3. Conceito de Administração Direta, Administração Indireta e entidades paraestatais

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, estados, Distrito Federal e municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma **centralizada**, de atividades administrativas.

Administração Indireta é o conjunto de pessoas jurídicas (desprovidas de autonomia política) que, **vinculadas** à Administração Direta, têm

a competência para o exercício, de forma **descentralizada**, de atividades administrativas.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 200/1967, em seu art. 4º, estabelece a organização da administração pública federal, conforme abaixo transcrito:

“Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações Públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

É importante observar que, embora o DL nº 200/1967 ainda seja frequentemente citado como referência em matéria de organização estrutural da administração pública brasileira, suas disposições restringem-se ao Poder Executivo federal. Ora, conforme antes exposto, há administração pública em todos os entes federados, e todos os Poderes da República têm órgãos administrativos. Além disso, nada impede que existam entidades da administração indireta vinculadas a órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. É explícito quanto a esses pontos o *caput* do art. 37 da Carta de 1988.

Em síntese, devemos ter em conta que o art. 4º do DL nº 200/1967, conquanto ainda vigente, é incompleto, refere-se tão-só ao Poder Executivo federal. No Brasil, existe administração pública em todos os entes federados, e todos os Poderes da República têm órgãos administrativos. Ademais, a administração indireta – existente em todos os entes federados – pode ser integrada por entidades vinculadas a qualquer dos três Poderes.

Essa organização é obrigatória para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o tratamento dado à matéria – estrutura da administração pública brasileira – pela Constituição de 1988.

É mister abrimos ainda um parêntese para observar que, embora seja usual definir a Administração Indireta como um conjunto de pessoas jurídicas às quais se atribui competência para o exercício descentralizado de funções

administrativas, a verdade é que existem empresas públicas e sociedades de economia mista que não são criadas para prestar serviços públicos, ou exercer quaisquer outras atividades próprias da administração pública em sentido material, mas sim para **explorar atividades econômicas em sentido estrito**. São as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, a que expressamente se refere o art. 173 da Constituição de 1988.

Fechado o parêntese, cumpre, por fim, fazer alusão às denominadas **entidades paraestatais**.

Ao lado da estrutura da administração pública brasileira, positivada em nosso ordenamento jurídico, são objeto de estudo do direito administrativo determinados entes privados que, **sem integrarem** a Administração Direta ou a Administração Indireta, colaboram com o Estado no desempenho de atividades de interesse público, de natureza não lucrativa. São as chamadas **entidades paraestatais**, que compreendem: os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI etc.), as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCI) e as denominadas “entidades de apoio”.

Entidades paraestatais são, portanto, pessoas jurídicas privadas que, sem integrarem a estrutura da Administração Pública, colaboram com o Estado no desempenho de atividades não lucrativas e às quais o Poder Público dispensa especial proteção. Estudaremos detalhadamente essas entidades no Capítulo IV, ao tratarmos do denominado Terceiro Setor.

Finalizando este tópico, julgamos oportuno observar que os **consórcios públicos**, disciplinados pela Lei nº 11.107/2005, não podem ser considerados uma quinta categoria de entidade formalmente integrante da Administração Indireta brasileira. Com efeito, esses consórcios públicos adquirem personalidade jurídica, que poderá ser de direito público ou de direito privado. No primeiro caso, eles serão autarquias, sob a forma de “associações públicas”; sendo autarquias, não são, por óbvio, uma quinta espécie de entidade. Na segunda hipótese, depreende-se dos termos da Lei nº 11.107/2005 que o consórcio público não integrará formalmente a Administração Pública. O assunto “consórcios públicos” será detalhadamente examinado adiante, em ponto específico desta obra.

4.4. Criação de entidades da Administração Indireta

O inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal trata da criação de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Esse dispositivo constitucional, segundo pensamos, é o que mais claramente demonstra que o constituinte de 1988 adotou para toda a Admi-

nistração Pública brasileira a estrutura que, então, o Decreto-Lei nº 200/1967 estabelecia para a Administração Pública federal.

Com efeito, o DL nº 200/1967, desde a sua edição, emprega as expressões “Administração Direta” e “Administração Indireta” para se reportar às duas subdivisões da Administração Pública federal (essas expressões são utilizadas no *caput* do art. 37 da Carta Política) e, desde 1987, arrola como entidades da Administração Indireta, expressamente, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

Desse modo, pensamos que, a partir da Constituição de 1988, em todos os entes federados, a Administração Pública subdivide-se em Administração Direta e Administração Indireta, sendo esta composta por aquelas quatro categorias de entidades, que devem ser criadas segundo determina o texto constitucional. Tais entidades estão sujeitas, ademais, a todas as regras – tanto constitucionais quanto presentes em leis gerais de caráter nacional – que a elas se refiram individualmente ou, de forma genérica, aludem a “Administração Indireta”, ou a “Administração Pública”.

Em sua redação primitiva, o inciso XIX do art. 37 da Constituição previa que todas as quatro categorias de entidades a que ele alude fossem diretamente criadas por lei específica. A doutrina criticava a redação originária pela imprecisão, uma vez que somente pessoas jurídicas de direito público são criadas por lei, diretamente. Pessoas jurídicas de direito privado, mesmo as integrantes da Administração Pública, só adquirem personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no registro público competente. Como sempre foi incontroverso que empresas públicas e sociedades de economia mista são, invariavelmente, pessoas jurídicas de direito privado, pelo menos para elas era certo que a redação do dispositivo estava inadequada.

A EC nº 19/1998 modificou substancialmente a redação do inciso XIX do art. 37, passando ele a estabelecer duas diferentes sistemáticas de criação para as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, conforme abaixo se lê:

“XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

Na sua redação atual, portanto, o inciso XIX do art. 37 prevê duas formas distintas para a criação das entidades da administração indireta, a saber:

a) no caso das **autarquias**: criação pela lei específica, **diretamente**;

- b) para as **demais entidades**: mera **autorização** para sua criação, dada em lei específica.

A primeira forma de criação é a sistemática adotada para conferir a uma entidade personalidade jurídica de direito público. Hoje, ela está prevista na Constituição, de forma literal, **unicamente** para as autarquias. O ente federado só precisa editar uma lei ordinária cujo conteúdo específico seja a criação da autarquia (a lei é específica quanto à matéria); com o início da vigência da lei, a autarquia adquire personalidade jurídica, está instituída. Não cabe cogitar inscrição de atos constitutivos em registro público (a própria lei é o ato constitutivo da entidade).

Na segunda hipótese, a criação da entidade, ou seja, a aquisição da personalidade jurídica, efetivamente ocorre quando o Poder Executivo⁴ elabora os atos constitutivos e providencia sua inscrição no registro público competente (os atos constitutivos usualmente são corporificados em um decreto, mas não é a publicação do decreto que dá nascimento à entidade, é o registro dos atos constitutivos). Essa é a sistemática própria de criação de pessoas jurídicas de direito privado.

Como se vê, o inciso XIX do art. 37 da Constituição, com a redação dada pela EC nº 19/998, pretendeu conferir personalidade jurídica de direito privado às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas. Quanto às duas primeiras, não houve, realmente, alguma novidade, mas simples adequação, porque mesmo quando vigorava a redação original do dispositivo em comento era consenso serem elas dotadas, sempre, de personalidade jurídica de direito privado. Considerava-se ter havido mera imprecisão por parte do constituinte originário. A mudança realmente significativa foi a EC nº 19/1998 situar as fundações públicas (e note-se que o texto do inciso XIX do art. 37, literalmente, alude a “fundação”, sem sequer agregar o vocábulo “pública”) no mesmo nível das empresas públicas e das sociedades de economia mista, no tocante à sua criação.

Conquanto seja patente que o constituinte derivado teve a intenção de que todas as fundações públicas passassem a ser criadas obrigatoriamente com personalidade jurídica de direito privado, nossa jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, e a doutrina pátria dominante admitem que as fundações públicas sejam criadas com personalidade jurídica de direito

⁴ Estamos pressupondo, sempre que não houver menção em contrário, que a entidade seja vinculada ao Poder Executivo, o que ocorre na quase totalidade das vezes; na hipótese de a entidade ser vinculada ao Poder Legislativo ou ao Judiciário, a elaboração dos respectivos atos constitutivos e inscrição no registro público deverá ser providenciada pela autoridade competente do órgão a que ela esteja vinculada, conforme dispuser a lei que a criou ou autorizou sua criação.

público, diretamente por lei específica. Nesse caso, todavia, elas serão uma “espécie do gênero autarquia”.

Vale reforçar este ponto: as fundações públicas podem ser criadas da forma literalmente prevista na segunda parte do inciso XIX do art. 37 da Carta Política, revestindo, então, personalidade jurídica de direito privado, mas podem também, alternativamente, ser criadas diretamente por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, hipótese em que serão uma espécie de autarquia (usualmente denominadas fundações autárquicas, ou autarquias fundacionais). A possibilidade de instituição de fundações públicas com personalidade jurídica de direito público é construção doutrinária e jurisprudencial, não está expressamente prevista na Constituição.

A extinção das **entidades** de que trata o inciso XIX do art. 37 da Constituição, em atenção ao princípio da simetria das formas jurídicas, deve ser efetuada seguindo a mesma sistemática observada em sua criação – é o que preleciona majoritariamente a doutrina. Assim, caso a entidade tenha sido diretamente criada por lei específica, deverá ser diretamente extinta mediante a edição de outra lei específica – é a forma aplicável, hoje, às autarquias e às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Se a entidade teve sua criação autorizada em lei específica e nasceu com a inscrição de seus atos constitutivos no registro público, sua extinção deve ser simplesmente autorizada em lei específica e, então, providenciada pelo Poder Executivo (caso se trate de entidade vinculada ao Poder Executivo, o que é a regra).

Em qualquer hipótese, a lei específica que crie ou que autorize a criação, extinga ou autorize a extinção de uma entidade da Administração Indireta vinculada ao Poder Executivo é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador de Estado, Governador do Distrito Federal ou Prefeito, conforme o caso).

A referida regra – reserva de iniciativa para o projeto de lei acerca da criação ou extinção de entidades administrativas no Poder Executivo – consta, na esfera federal, do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, da Carta da República, e é de adoção obrigatória também pelos estados, Distrito Federal e municípios. Essa exigência de simetria já foi estabelecida inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em conta o princípio federativo, que impõe a observância das regras constitucionais do processo legislativo federal aos demais entes políticos. Ademais, na ótica da Corte Suprema, resultaria violado o “clássico modelo de tripartição de poderes consagrado pelo constituinte originário” com a usurpação da iniciativa privativa do Chefe do Executivo pelo Poder Legislativo (ADI 805, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.03.1999; ADI 645, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.12.1996; ADI 227, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.2001).

É interessante notar que o texto constitucional, no art. 61, § 1º, II, “e”, somente se refere, de forma literal, à iniciativa privativa das leis que disponham sobre “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”. É necessário, entretanto, compreender que o vocábulo “**órgãos**” foi utilizado em sentido amplo, ou mesmo fora de sua acepção técnica, isto é, não apenas significando “feixe despersonalizado de atribuições”, mas, sim, “qualquer estrutura organizacional integrante da Administração Pública”. São pacíficas a doutrina e a jurisprudência a esse respeito, sendo oportuno citar este excerto da ADIMC 1.391-2/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.11.1997:

“A disciplina normativa pertinente ao processo de criação, estruturação e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública estadual traduz matéria que se insere, por efeito de sua natureza mesma, na esfera de exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo local, em face da cláusula de reserva inscrita no art. 61, § 1º, II, ‘e’, da Constituição da República, que consagra princípio fundamental inteiramente aplicável aos Estados-membros em tema de processo legislativo. Precedentes do STF.”

Na mesma esteira, declarou o STF inconstitucional lei do Estado do Espírito Santo que determinava a criação e a extinção de entidades da Administração Indireta estadual. Merece transcrição este trecho do voto do relator, Min. Eros Grau, de clareza meridiana (ADI 2.750/ES, julgada em 06.04.2005):

“O ato legislativo atacado determina ao Poder Executivo a criação de uma sociedade de economia mista em substituição a duas outras sociedades, cuja liquidação é imposta pelo mesmo texto normativo, além de disciplinar a estrutura administrativa do novo ente e prever a abertura dos créditos adicionais necessários.

O preceito em questão versa sobre matéria de estrita competência do Chefe do Poder Executivo estadual, a quem incumbe dispor, com exclusividade, sobre a criação de órgãos e entidades da administração pública (CB, artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “e”). Sem embargo do veto apostado pelo Governador do Estado, a proposição legislativa foi convertida em lei que, mercê da manifesta usurpação da competência exclusiva do requerente, é afetada por vício formal insanável.”

Impende ressaltar, todavia, a hipótese de criação ou extinção de uma entidade da Administração Indireta vinculada ao Poder Legislativo, ou vinculada ao Poder Judiciário. Nesses casos, a iniciativa da lei respectiva **não**

será, evidentemente, do Chefe do Poder Executivo, mas sim do respectivo Poder a que esteja vinculada a entidade.

Por fim, a parte final do inciso XIX do art. 37, com a redação que lhe deu a EC nº 19/1998, prevê a edição de uma **lei complementar** para o estabelecimento das áreas em que poderão atuar as **fundações públicas**. Trata-se de regra aplicável tanto às fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado quanto às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Essa lei complementar até hoje não foi editada. Provavelmente, quando o for, será encampada a lição da doutrina, segundo a qual elas devem atuar em áreas de interesse social, por exemplo, educação, saúde, atividades culturais, assistência social, pesquisa científica, promoção do desporto, proteção do meio ambiente.

4.5. Criação de subsidiárias e participação no capital de empresas privadas

Logo depois de estabelecer as formas de criação das entidades da Administração Indireta, a Constituição Federal prescreve regras acerca da instituição de subsidiárias dessas entidades, bem como da sua participação no capital de empresas privadas. Deveras, preceitua o inciso XX do art. 37 da Carta Política:

“XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;”

A primeira dificuldade na determinação do alcance desse dispositivo diz respeito ao conceito de “subsidiárias”. A verdade é que não existe uma definição legal – muito menos constitucional – precisa de “pessoa jurídica subsidiária”. As definições acadêmicas são, quase sempre, propostas por economistas ou profissionais das ciências contábeis, sem qualquer preocupação com aspectos jurídicos.

Na “Lei das S/A” (Lei nº 6.404/1976) – que é uma lei de caráter nacional – há referência, tão-somente, a “subsidiária integral”: é uma companhia cujas ações pertencem, todas elas, a uma única sociedade brasileira. É incontroverso que o inciso XX do art. 37 da Constituição **não** se aplica **somente** a “subsidiárias integrais”.

De um modo geral, os poucos juristas que enfrentam a questão asseveram que, no direito público, o termo “empresa subsidiária” é empregado

como sinônimo de “empresa controlada”. Alguns acrescentam a exigência de que a subsidiária tenha como objeto social uma atividade específica dentre o leque daquelas a que se dedica a empresa-mãe; a criação da subsidiária consistiria, portanto, numa técnica de descentralização empresarial, adotada com o intuito de proporcionar maior especialização no desempenho de uma das áreas integrantes do objeto da empresa controladora.

Pensamos que, para o direito administrativo, não é essencial a menção à afinidade de objeto social na definição de “pessoa jurídica subsidiária”, porque o legislador poderá estipular o objeto que bem entender ao autorizar a sua criação, a menos que exista algum óbice de ordem constitucional. O que realmente importa, segundo pensamos, é saber quais são as condições para a criação de uma subsidiária, qual é a sua relação com a Administração Pública e, sobretudo, a quais restrições e controles próprios do direito público estará ela sujeita.

Para não ficarmos sem uma definição, perfilhamos a orientação mais abrangente, segundo a qual “subsidiária” é sinônimo de “controlada”. Enfatizamos que se trata de pessoa jurídica distinta da controladora, e **não** um órgão, ou um mero “estabelecimento”, ou uma simples “filial” desta.

Como o texto constitucional refere-se a “subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior”, concluímos que a subsidiária é uma pessoa jurídica controlada por uma das entidades da Administração Indireta, ou seja, uma subsidiária enquadra-se na expressão “pessoa jurídica controlada indiretamente pelo Poder Público”, utilizada em alguns dispositivos constitucionais e em certas leis administrativas (“Poder Público” significa, aqui, “ente federado” ou “pessoa política”). Veremos que essa ilação é importante para a definição de seu regime jurídico.

Abrimos um parêntese para observar que quase todos os autores que abordam o assunto afirmam categoricamente que, a despeito da referência no texto constitucional a “subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior”, somente empresas públicas e sociedades de economia mista podem ter subsidiárias, pois a relação de controle que existe entre a pessoa jurídica matriz e a subsidiária seria própria de pessoas com estrutura empresarial, e inadequada a autarquias e fundações públicas. Ousamos discordar. Parece-nos que, se o legislador de um ente federado pretendesse, por exemplo, autorizar a criação de uma subsidiária de uma fundação pública, não haveria base constitucional para considerar inválida essa autorização.

Existe alguma controvérsia doutrinária quanto às subsidiárias integrarem, ou não, formalmente a Administração Pública. A maioria dos administrativistas entende que elas **não** fazem parte da Administração Indireta, **não** são Administração Pública. Prelecionam esses autores que o conceito de Administração Pública adotado pelo nosso ordenamento constitucional é o

formal, ou subjetivo, inspirado claramente no DL nº 200/1967, o qual, de forma explícita, considera a Administração Indireta composta exclusivamente por quatro categorias de entidades, exatamente as descritas no inciso XIX do art. 37 da Constituição.

Eminentes juristas, embora minoritários, criticam veementemente essa posição, sobretudo pela (irrefutável) constatação de que ela afasta alguns dos importantes mecanismos de controle e moralização da Administração Pública brasileira instituídos na Carta da República, possibilitando que o legislador ordinário utilize o ardil de autorizar indiscriminadamente a criação de subsidiárias das entidades da Administração Indireta com o escopo de frustrar o desiderato do nosso constituinte.

Quando teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, embora incidentalmente (não era o ponto principal da discussão), asseverou com clareza que as subsidiárias a que se refere o inciso XX do art. 37 da Constituição são **empresas privadas**, não integrantes da Administração Pública. Essa afirmação consta do voto condutor na ADI 1.649/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, decidida por unanimidade em 24.03.2004.

Dessa forma, muito embora concordemos com os argumentos da orientação minoritária quanto ao grande risco de frustração do intento moralizador de nosso constituinte, só nos resta reconhecer que vigora no Brasil o entendimento de que as subsidiárias das entidades da Administração Indireta não fazem parte, formalmente, da Administração Pública.

Consoante foi exposto acima, a palavra “subsidiárias” deve ser tratada como sinônimo de “controladas”. Por isso, as subsidiárias das entidades da Administração Indireta enquadram-se como “pessoas jurídicas controladas indiretamente pelo Poder Público”. O regime jurídico a que se sujeitam é, predominantemente, o de direito privado, mas a Constituição e algumas leis administrativas estendem a elas regras de direito público, de que são exemplos, dentre outras:

- a) vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (CF, art. 37, XVII);
- b) sujeição ao teto de remuneração dos agentes públicos, caso recebam recursos do Poder Público para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9º);
- c) os investimentos públicos nelas realizados constam da lei orçamentária anual do ente federado (CF, art. 165, § 5º, II);
- d) sujeitam-se a controle legislativo e controle pelos tribunais de contas (CF, art. 52, VII, art. 70, parágrafo único, art. 71, art. 163, II; Lei nº 8.443/1992);
- e) sujeitam-se à exigência de licitação para a realização de contratações em geral (Lei nº 8.666/1993, art. 1º, parágrafo único);

- f) seus agentes sujeitam-se à lei que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa; os atos praticados contra elas pelos agentes públicos em geral, e até mesmo por particulares, podem ser enquadrados como atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, arts. 1º a 3º);
- g) os atos que sejam a elas lesivos podem ser objeto de ação popular (Lei nº 4.717/1965, art. 1º).

Deve-se mencionar também, é claro, a exigência de autorização legislativa para sua criação, expressa no inciso XX do art. 37, ora em estudo. Esse, aliás, é outro ponto que merece maior detalhamento: cumpre analisar o que se entende por “autorização legislativa” e qual interpretação é dada à expressão “em cada caso”.

Novamente, há divergências doutrinárias. Entretanto pensamos que, aqui, deve ser adotada sem maior resistência a orientação perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal (ao menos em duas oportunidades), dada a ênfase com que o fez a Corte Suprema e o fato de se tratar de decisões em ações diretas de inconstitucionalidade, ambas proferidas por unanimidade, sendo uma delas já definitiva.

Segundo firmou a jurisprudência do nosso Pretório Constitucional (ADI 1.649/DF e ADI 1840/DF), no inciso XX do art. 37 da Constituição a expressão “autorização legislativa” deve, simplesmente, ser considerada sinônima de “autorização em lei”. Vale dizer, o ato normativo idôneo para atender à exigência constante do citado dispositivo constitucional é uma **lei ordinária** do ente federado ao qual esteja vinculada a entidade da Administração Indireta cuja subsidiária será criada.

Nesses julgados, não estava em apreciação a parte final do inciso XX, referente à participação de entidades da Administração Indireta no capital de empresas privadas. Entendemos, entretanto, que nenhuma razão há para que o entendimento seja diferente quanto a essa hipótese.

Em resumo, no inciso XX do art. 37 da Constituição, “autorização legislativa” significa “autorização em lei”.

Ao lado dessa definição, o Supremo Tribunal Federal, nas mesmas ações diretas de inconstitucionalidade, decidiu que a exigência da autorização legislativa “em cada caso” não significa necessidade de “uma lei para cada subsidiária a ser criada”. É suficiente, para satisfazer a exigência do inciso XX do art. 37 da Constituição, a existência de um dispositivo conferindo genericamente a autorização para a criação de subsidiárias na própria lei que criou (ou autorizou a criação de) determinada entidade da Administração Indireta.

Dessa forma, basta, por exemplo, para a criação de subsidiárias da empresa pública ALFA, que a lei que autorizou a criação dessa empresa pública

contenha um artigo dispondo: “Art. 43. É autorizada a criação de subsidiárias pela empresa pública ALFA”. Não é necessária uma específica autorização legislativa para cada subsidiária que ALFA pretenda criar.

Vale transcrever este excerto da ementa da ADI 1.649/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 24.03.2004 (tratava-se de ação envolvendo a PETROBRAS, sociedade de economia mista federal):

“É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora.”

A nosso ver, não há motivo para que se pretenda adotar interpretação diferente na hipótese de participação de entidades da Administração Indireta no capital de empresas privadas, referida na parte final do inciso XX do art. 37 da Carta Política.

Por fim, registramos que, na mesma ADI 1.649/DF, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que não podem ser criadas sociedades de economia mista (ou qualquer outra entidade da Administração Indireta) com fundamento no inciso XX do art. 37 da Constituição. A criação de entidades da Administração Indireta só é possível nos termos impostos pelo inciso XIX do art. 37 da Lei Magna, significa dizer, a entidade deve ser criada, ou ter a sua criação autorizada, por uma lei específica, que defina os contornos básicos de sua estrutura e competências. Não pode, por exemplo, a criação da sociedade de economia mista BETA ser autorizada genericamente em um dispositivo de uma lei cujo conteúdo fosse a autorização para a criação da empresa pública DELTA.

4.6. Entidades em espécie

4.6.1. Autarquias

4.6.1.1. Conceito

As autarquias são entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais determinadas.

Maria Sylvia Di Pietro conceitua autarquia como “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”.

Vale, ainda, transcrever o art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200/1967, que assim define autarquia:

“Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

As autarquias integram a Administração Indireta, representando uma forma de descentralização administrativa mediante a personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por esse motivo, em regra, somente devem ser outorgados serviços públicos típicos às autarquias, e não atividades econômicas em sentido estrito, ainda que estas possam ser consideradas de interesse social (as entidades da Administração Indireta preordenadas ao desempenho de atividades econômicas em sentido estrito são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, consoante se depreende da leitura do art. 173 da Constituição).

Pelo fato de as autarquias desempenharem atividades típicas da Administração Pública e, sobretudo, como decorrência da sua personalidade jurídica de direito público, os poderes de que o Estado dispõe para o desempenho de sua função administrativa, bem como os privilégios e restrições, são também outorgados pelo ordenamento jurídico às autarquias. São exemplos de prerrogativas estatais a elas estendidas a imunidade tributária recíproca e os privilégios processuais da Fazenda Pública, consoante será detalhado à frente.

As autarquias estão sujeitas a controle da pessoa política que as criou, à qual são **vinculadas**. Trata-se do denominado controle finalístico, de tutela, ou supervisão, exercido apenas nos termos e limites expressos em lei, uma vez que não há hierarquia entre a autarquia e o ente federado que a instituiu, conforme será adiante estudado.

É interessante mencionar que, embora isso não estivesse previsto no DL nº 200/1967, tampouco o esteja na Carta Política de 1988, nossa jurisprudência e, também, nosso ordenamento positivo infraconstitucional têm adotado a concepção de que “autarquia” representa um “gênero” de entidade administrativa, subdividido em “espécies”, tendo em vista determinadas características que as particularizam.

Essa construção jurisprudencial e legal impõe que, atualmente, identifiquemos as seguintes “espécies”, ou subdivisões, do “gênero” autarquia: (a) autarquia “comum” ou “ordinária”; (b) autarquia “sob regime especial”; (c) autarquia fundacional; e (d) associação pública.

Adotando essa classificação, tem-se que a autarquia “comum” ou “ordinária” é aquela que não apresenta nenhuma peculiaridade, enquadrando-se exclusivamente no regime jurídico previsto no DL nº 200/1967 (vale lembrar que o DL nº 200/1967 só se aplica às autarquias federais; as de outras esferas seriam “comuns” ou “ordinárias” quando sujeitas exclusivamente, sem particularidades, ao regime geral que o respectivo ente federado estabeleça para as suas entidades da Administração Indireta).

Autarquia “sob regime especial” é expressão empregada pela doutrina e pelas leis para se referirem a qualquer autarquia cujo regime jurídico apresente alguma peculiaridade, quando comparado com o regime jurídico “geral”, ou “comum”, ou “ordinário” previsto no DL nº 200/1967 (feita a mesma ressalva, posta no parágrafo anterior, quanto ao fato de o DL nº 200/1967 somente ser endereçado à esfera federal). Não existe um “regime especial” específico, definido, aplicável a todas as autarquias que recebam essa qualificação; as particularidades consideradas “regime especial” variam sobremaneira, dependendo do que dispuser a lei instituidora da autarquia, consoante será pormenorizado ulteriormente, em tópico próprio.

Autarquia fundacional é, simplesmente, uma fundação pública instituída diretamente por lei específica, com personalidade jurídica de direito público. A rigor, a distinção entre “autarquia” e “fundação pública com personalidade jurídica de direito público” é meramente conceitual: autarquias costumam ser definidas como um **serviço público personificado**, em regra, típico de Estado; fundações públicas são, por definição, um **patrimônio personalizado** destinado a uma finalidade específica, usualmente de interesse social. De todo modo, o regime jurídico a que se sujeitam é o mesmo, isto é, não há diferenças *a priori*, atreladas à forma jurídica da entidade; se houver peculiaridades, serão as definidas na respectiva lei instituidora, tão-somente. Aliás, registramos que é indiferente utilizar a expressão “autarquia fundacional” ou “fundação autárquica” para nos referirmos às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público (as quais são espécie do “gênero autarquia”, repita-se). Voltaremos a esse tema quando estudarmos as fundações públicas em geral.

Mais recentemente, surgiu em nosso Direito positivo a figura das “associações públicas”, expressamente descritas como uma espécie de autarquia. Com efeito, nos literais termos do inciso IV do art. 41 do Código Civil, “são pessoas jurídicas de direito público interno as autarquias, inclusive as associações públicas”. Os consórcios públicos, espécie de pessoas jurídicas disciplinada na Lei nº 11.107/2005, que serão estudados adiante, em rubrica específica, podem ser constituídos sob a forma de associações públicas. Nesse caso, o consórcio público será uma autarquia integrante, simultaneamente, da

Administração Indireta de mais de um ente federado, figura que a doutrina tem chamado de autarquia “interfederativa” ou “multifederada”.

Antes de fecharmos este item é oportuno, ainda, fazer alusão a duas expressões pertinentes ao estudo das autarquias: “agências reguladoras” e “agências executivas”.

A expressão “agências reguladoras” consagrou-se em nosso Direito legislado, em nossa doutrina e em nossa jurisprudência, sendo utilizada para descrever pessoas jurídicas administrativas – na esfera federal, todas as “agências reguladoras” têm sido criadas como “autarquias sob regime especial” – cujo objeto seja a regulação de determinado setor econômico, incluídos os serviços públicos em sentido estrito. Tais entidades têm atribuições técnicas, que idealmente devem ser exercidas sem interferências políticas por parte do ente federado a que estejam vinculadas administrativamente. Por essa razão, costumam elas receber das suas leis instituidoras certos instrumentos aptos a assegurar um relativo grau de autonomia ante o Poder Executivo, no intuito de transmitir aos investidores privados, sobretudo aos estrangeiros, a mensagem de que eles poderão contar com uma estabilidade razoável dos “marcos regulatórios” delineados nos diversos setores de nossa economia. Seja como for, deve-se frisar que não há, na Constituição de 1988, qualquer norma que determine que a atividade de regulação deva obrigatoriamente ser exercida por autarquias; aliás, a Carta Política nem mesmo contém em seu texto, literalmente, a expressão “agências reguladoras”. Tais entidades e suas características serão minudentemente tratadas em tópico próprio, à frente, nesta obra.

A segunda expressão – “agências executivas” – não se refere a uma espécie de entidade. Trata-se, simplesmente, de uma qualificação que poderá ser conferida pelo Poder Público às autarquias em geral (e também às fundações públicas) que com ele celebrem o contrato de gestão a que se refere o § 8º do art. 37 da Constituição Federal, e atendam aos demais requisitos fixados pela Lei nº 9.649/1998, que serão vistos adiante, em item específico.

Passemos ao estudo de outros aspectos gerais concernentes às autarquias.

4.6.1.2. Criação e extinção

As autarquias somente podem ser criadas por meio de **lei específica**, consoante o disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal. Na esfera federal, a lei de criação da autarquia é de **iniciativa privativa** do Presidente da República, em face do disposto no art. 61, § 1º, II, “e”, da Carta da República. Essa regra – reserva de iniciativa para o projeto de lei acerca da criação de autarquias no Poder Executivo – é aplicável também aos estados,

ao Distrito Federal e aos municípios, adequando-se a iniciativa privativa, conforme o caso, ao Governador e ao Prefeito.

A **extinção** de autarquias deve ser feita, de igual modo, mediante a edição de lei específica, também de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (princípio da simetria das formas jurídicas).

Impende ressaltar, todavia, a hipótese de criação ou extinção de uma autarquia vinculada ao Poder Legislativo, ou vinculada ao Poder Judiciário. Nesses casos, a iniciativa da lei respectiva **não** será, por óbvio, do Chefe do Poder Executivo, mas, sim, do Poder correspondente, a que estiver vinculada a entidade.

4.6.1.3. Natureza jurídica

A autarquia é uma **entidade** administrativa, significa dizer, é uma **pessoa jurídica**, distinta do ente federado que a criou. É, portanto, titular de direitos e obrigações próprios, que não se confundem com os direitos e obrigações da pessoa política instituidora.

Por ser uma pessoa jurídica de direito público, ostenta características inerentes às pessoas públicas, sujeitando-se a regime jurídico de direito público no que respeita a sua criação e extinção, bem como aos seus poderes, privilégios e restrições.

A personalidade da autarquia, por ser de direito público, inicia com a vigência da lei que a institui; não cabe cogitar qualquer espécie de inscrição de atos constitutivos de autarquia nos registros públicos, como se exige para que as pessoas jurídicas de direito privado adquiram personalidade (Código Civil, art. 45).

Simplemente, com o início da vigência da lei específica instituidora, está criada a autarquia, é nascida a pessoa jurídica, apta a adquirir em nome próprio direitos e obrigações na ordem jurídica.

Faz-se oportuno observar que é usual a menção à “instalação” ou “implantação” da autarquia, mediante um decreto. Realmente, a aquisição formal da personalidade jurídica – que ocorre com o mero início da vigência da lei instituidora – não significa que a autarquia, na prática, já esteja em efetivo funcionamento (embora, repita-se, ela já exista, já seja uma pessoa formalmente apta a figurar em seu próprio nome em relações jurídicas, como titular de direitos e obrigações).

É de todo evidente a necessidade de serem adotadas, pelo Poder Executivo (supondo que se trate de uma autarquia vinculada a esse Poder, situação verificada na quase totalidade dos casos), diversas providências concretas para possibilitar a efetiva entrada em operação da autarquia. No mais das vezes,

o decreto de “instalação” ou “implantação” aprova e veicula o regulamento da entidade, sua estrutura regimental, o seu quadro de cargos e funções, ou autoriza o Ministro de Estado, ou a própria diretoria da entidade, a aprovar o regimento interno da autarquia etc.

Enfatizamos que esses decretos e quaisquer outros atos administrativos de conteúdo similar, que disponham sobre o funcionamento da entidade, detalhem sua estrutura, seus procedimentos internos, **não criam** a autarquia, não lhe dão personalidade jurídica; formalmente, desde o início da vigência da lei instituidora a autarquia já existe, já tem personalidade jurídica; os decretos e outros autos administrativos de “instalação” ou “implantação” – mesmo que afirmem estar “constituindo” a autarquia, como às vezes ocorre – não têm nenhuma influência, no mundo jurídico, sobre a sua personalidade jurídica. Aliás, se um decreto pudesse “constituir” uma autarquia, significando criar a entidade, dar-lhe personalidade jurídica, teríamos a possibilidade de também um decreto extinguir uma autarquia, dislate de tamanha magnitude que torna ociosos comentários adicionais!

4.6.1.4. Patrimônio

O patrimônio inicial da autarquia é formado a partir da transferência de bens, móveis e imóveis, do ente federado que a criou, os quais passam a pertencer à nova entidade. Extinguindo-se a autarquia, todo o seu patrimônio é reincorporado ao ativo da pessoa política a que ela pertencia. Os bens das autarquias são considerados bens públicos, gozando dos mesmos privilégios atribuídos aos bens públicos em geral, como a imprescritibilidade (não podem ser adquiridos mediante usucapião) e a impenhorabilidade (não podem ser objeto de penhora, ato processual que implica a constrição de bens do devedor a fim de garantir uma execução judicial; a execução judicial contra uma autarquia está sujeita ao regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição).

4.6.1.5. Atividades desenvolvidas

O Decreto-Lei nº 200/67, ao conceituar as autarquias, dispôs que são entidades destinadas a executar atividades típicas da Administração Pública. A intenção do legislador foi a de atribuir às autarquias a prestação de serviços públicos em sentido amplo, a realização de atividades de interesse social e o desempenho de atividades que envolvam prerrogativas públicas, a exemplo do exercício do poder de polícia. A autarquia, portanto, deve ser criada para atuar em serviços típicos do Estado, que exijam especialização,

com organização própria, administração mais ágil e pessoal especializado. Não são talhadas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, tais como atividades comerciais ou industriais; estas, quando caiba sua exploração pelo Estado, devem ser desenvolvidas por empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado.

São exemplos de autarquias: Banco Central do Brasil – BACEN; Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA; Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.⁵

4.6.1.6. Atos e contratos

Os atos praticados pelas autarquias são, em regra, atos administrativos, ostentando as mesmas peculiaridades que revestem aqueles promanados da Administração Direta. Sua legitimidade está condicionada ao atendimento de requisitos próprios de validade (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), e gozam dos mesmos atributos (presunção de legitimidade, imperatividade, auto-executoriedade).

⁵ É interessante registrar que os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas são autarquias. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Ordem dos Advogados do Brasil, especificamente, é uma exceção, configurando uma entidade ímpar, “sui generis”, um “serviço público independente”, não passível de enquadramento em nenhuma categoria regular prevista em nosso ordenamento, nem integrante da Administração Pública. Merece transcrição, pelo inusitado, o excerto abaixo, da ementa da ADI 3.026/DF, rel. Min. Eros Grau, 08.06.2006 (grifamos):

“Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. **A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União.** A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’ para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas ‘agências’. **Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.** Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. **Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.** A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, **não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional.** A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. (...) Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.”

Os ajustes celebrados pelas autarquias também são, em regra, contratos administrativos, sujeitos ao mesmo regime jurídico de direito público aplicável aos contratos administrativos firmados pela Administração Direta.

A celebração de contratos administrativos pelas autarquias deve ser precedida de licitação, salvo exceção estabelecida em lei, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição da República.

4.6.1.7. Orçamento

Consoante o art. 165, § 5º, inciso I, da Constituição Federal, integra a lei orçamentária anual “o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e **entidades da administração** direta e **indireta**, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Portanto, o orçamento das autarquias, em sua forma, é idêntico ao dos órgãos da Administração Direta; suas receitas e despesas integram o chamado “orçamento fiscal”, parte da lei orçamentária anual.

4.6.1.8. Regime de pessoal

O art. 39 da Constituição Federal, **em sua redação originária**, exige que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituam regime jurídico **único** para seus servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas. A intenção do legislador constituinte foi uniformizar o regime jurídico funcional aplicável a todos os agentes públicos permanentes de uma mesma entidade federativa, eliminando a situação, anteriormente habitual, de coexistência, na mesma Administração Pública Direta, na mesma autarquia ou na mesma fundação pública, de agentes públicos vinculados a diferentes regimes jurídicos (por exemplo, existência, em determinada autarquia estadual, de servidores públicos estatutários e de empregados públicos sob regime celetista, isto é, contratual trabalhista).

A Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou completamente a redação do *caput* do art. 39 da Carta da República, com o objetivo precípuo de excluir de nosso ordenamento constitucional a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico **único** para os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas dos diversos entes da Federação.

Com a extinção da obrigatoriedade de regime jurídico único, o legislador dos diversos entes federados passou a ter possibilidade de prever a existência de mais de um regime jurídico para o pessoal da respectiva Administração Direta, autarquias e fundações públicas (por exemplo, determinado estado

poderia, em tese, editar lei autorizando admissão concomitante de agentes públicos estatutários e de agentes públicos celetistas para suas autarquias). Não havia nem mesmo obrigação de uniformidade entre o regime jurídico adotado pela Administração Direta e aquele das autarquias ou fundações públicas. Nada impedia que fosse estabelecido o regime estatutário para a Administração Direta e o regime trabalhista para as autarquias. Tudo dependeria do tratamento que a lei do respectivo ente federado desse à matéria.

Depois dessa alteração trazida pela EC nº 19/1998, foi editada a Lei nº 9.962/2000, expressamente prevendo a possibilidade de contratação de pessoal sob regime de emprego público na Administração Direta, autárquica e fundacional federal, com vínculo funcional regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa lei não revogou a Lei nº 8.112/1990, que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos estatutários da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas federais. Simplesmente, enquanto vigorou a redação dada ao *caput* do art. 39 da Constituição pela EC nº 19/1998, coexistiram, na esfera federal, ambas as regras de regime de pessoal, possibilitando que, nesse período, fossem admitidos agentes públicos estatutários e agentes públicos celetistas para a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas federais.

Dissemos, no parágrafo precedente, “enquanto vigorou a redação”, porque a modificação do *caput* do art. 39 da Carta Política, introduzida pela EC nº 19/1998, **teve sua eficácia suspensa**, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 2007, em decorrência do fato de a Câmara dos Deputados não haver observado, quanto a esse dispositivo, a exigência de aprovação em dois turnos (CF, art. 60, § 2º). Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, nossa Corte Suprema deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição, com a redação da EC nº 19/1998, esclarecendo, expressamente, que a decisão terá efeitos prospectivos (*ex nunc*), isto é, **toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, *caput*, com a redação da EC nº 19/1998, continua válida, assim como as respectivas contratações de pessoal.**

Não obstante, deve ficar claro que, a partir dessa decisão, e até que seja decidido o mérito da causa, **voltou a vigorar a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição**, que exige a adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico (**regime jurídico único**) aplicável a todos os servidores integrantes de sua Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Dessa forma, atualmente, não mais é possível a contratação, concomitante, de servidores públicos e de empregados públicos pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas de nossas pessoas políticas, uma vez que voltou a vigorar a exigência de adoção de um regime jurídico único para o pessoal desses órgãos e entidades administrativas.

Por fim, observe-se que, em qualquer caso, independentemente da época de admissão e do regime de pessoal adotado, as autarquias e suas subsidiárias são alcançadas pela regra constitucional que exige a realização de concurso público (CF, art. 37, II), bem como pela vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (CF, art. 37, XVII).

4.6.1.9. Nomeação e exoneração de dirigentes

A forma de investidura dos dirigentes das autarquias será aquela prevista na lei instituidora. A competência para a nomeação, nas autarquias federais, é privativa do Presidente da República, conforme o art. 84, XXV, da Constituição de 1988 (simetricamente, será do Governador, nos estados e no Distrito Federal, e do Prefeito, nos municípios).

Para a nomeação, poderá ser exigida prévia aprovação pelo Senado Federal do nome escolhido pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIV). Em alguns casos, a aprovação prévia pelo Senado é condição imposta pela própria Constituição Federal (por exemplo, para os cargos de presidente e diretores do Banco Central e de Procurador-Geral da República – CF, art. 52, III, “d” e “e”). Em outros, a exigência de aprovação prévia pelo Senado consta somente de lei, com fundamento no art. 52, III, “f”, da Carta Política (é o que ocorre, atualmente, na nomeação dos dirigentes das agências reguladoras federais, como a ANATEL, a ANEEL e a ANP).

Quanto aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, com base no **princípio da simetria**, tendo em vista o disposto no art. 52, III, “f”, da Constituição Federal, “consolidou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade de normas locais que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação da Assembléia Legislativa” (ADIMC 2.225/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29.06.2000).

Diferentemente, **não** pode a **lei** estabelecer hipóteses de exigência de aprovação legislativa prévia para a **exoneração** de dirigentes de entidades da Administração Indireta pelo Chefe do Poder Executivo (não pode, tampouco, a lei prever que a exoneração seja efetuada diretamente pelo Poder Legislativo). A Constituição da República não confere tal competência ao Poder Legislativo, descabendo, portanto, também aos entes federados menores fazê-lo, invocando simetria com algum preceito constitucional.

Dessa forma, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, disposições legais com esse teor – exigência de aprovação legislativa prévia para a **exoneração** de ocupantes de cargos do Poder Executivo, ou previsão de exoneração direta de tais servidores pelo próprio Poder Legislativo – são inconstitucionais, por ofensa ao princípio da separação entre os poderes (ADIMC 1.949/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 18.11.1999).

4.6.1.10. Capacidade exclusivamente administrativa

A autarquia é uma entidade meramente administrativa, não possui natureza política. O seu caráter exclusivamente administrativo é que a distingue dos entes federados, das chamadas pessoas políticas (União, estados, Distrito Federal e municípios), dotadas de autonomia política: poder de auto-organização (edição da respectiva Constituição ou Lei Orgânica) e capacidade de legislar, de criar, de forma inaugural, o próprio Direito, dentro das competências que lhes foram outorgadas pela Constituição da República.

As autarquias não criam, de forma inaugural, regras jurídicas de auto-organização, possuem apenas capacidade de **auto-administração**, que significa administrar a si próprias segundo as regras constantes da lei que as instituiu.

4.6.1.11. Relação com o ente estatal instituidor

As autarquias – assim como todas as entidades da Administração Indireta – não são subordinadas ao ente federado que as criou, é dizer, não há hierarquia entre União, estados, Distrito Federal e municípios e suas respectivas autarquias. A relação entre uma autarquia e a Administração Direta da pessoa política instituidora é de **vinculação** administrativa (e **não** de subordinação).

Exemplificando, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal que atua na área de seguridade social, está **vinculado** ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. O MPAS exerce sobre o INSS o denominado **controle finalístico** ou **tutela administrativa** ou **supervisão** (nesse caso, como se trata de vinculação a um ministério, utiliza-se mais especificamente a expressão “supervisão ministerial”).

Tendo em conta a inexistência de hierarquia, o exercício do controle finalístico pressupõe expressa previsão legal, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela). Essa é a diferença fundamental entre o controle hierárquico e a mera supervisão: aquele é presumido e permanente, independe de expressa previsão legal e abrange todos os aspectos da atuação do órgão subordinado controlado; este exige lei que expressamente estabeleça os termos e limites do controle.

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, a supervisão, ou tutela, visa a assegurar que a entidade controlada esteja atuando em conformidade com os fins que a lei instituidora lhe impôs, esteja atuando segundo a finalidade para cuja persecução foi criada – por isso, controle **finalístico**. É um controle que deve se concentrar, essencialmente, na verificação do atingimento de resultados, pertinentes ao objeto da entidade.

4.6.1.12. Controle de desempenho

Conforme exposto anteriormente, o fato de as autarquias – assim como todas as entidades da Administração Indireta – não serem hierarquicamente subordinadas ao ente federado que as criou, mas apenas **vinculadas** administrativamente, tem como corolário estarem elas sujeitas apenas a controle finalístico por parte da pessoa política matriz, o qual visa a assegurar, essencialmente, que elas se mantenham no estrito cumprimento dos fins para os quais foram instituídas, previstos nas respectivas leis criadoras. Não há controle hierárquico, porque a autarquia é uma pessoa jurídica distinta da pessoa política, criada para exercer competências específicas, com **autonomia administrativa**.

É oportuno registrar que, sem prejuízo desse controle finalístico, previsto em lei, as autarquias – bem como as demais entidades da Administração Indireta, e mesmo os órgãos da Administração Direta – têm a possibilidade de ampliar sua **autonomia** gerencial, orçamentária e financeira, mediante a celebração de **contrato de gestão** com o Poder Público, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal. Esses contratos de gestão têm por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos prazos estipulados, fazendo jus, em contrapartida, à mencionada ampliação de autonomia. O atingimento das metas estabelecidas será aferido pelo Poder Público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descritos no próprio contrato de gestão.

As autarquias que celebrem o contrato de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Carta Política **poderão** ser qualificadas como **agências executivas**, nos termos da Lei nº 9.649/1998 (fundações públicas que celebrem o contrato de gestão em comento também podem, da mesma forma, ser qualificadas como agências executivas). As agências executivas serão estudadas à frente, em tópico específico.

4.6.1.13. Autarquias sob regime especial

Freqüentemente, ao criar uma entidade autárquica, a lei afirma que está sendo instituída uma “autarquia sob regime especial”, sem explicitar, no mais das vezes, quais seriam as peculiaridades de seu regime jurídico que justificariam qualificá-lo de “especial”, ou a elas aludindo de forma vaga, genérica.

Diante da omissão, ou da vagueza, do legislador, a doutrina em geral preleciona que “regime autárquico especial” é expressão aplicável a qualquer particularidade, a qualquer característica – prerrogativa ou restrição –,

não prevista no Decreto-Lei nº 200/1967, que integre o regime jurídico da autarquia.

Entende-se, dessarte, que esse decreto-lei teria estabelecido o “regime jurídico geral”, “ordinário” ou “comum” das entidades da Administração Indireta. Frise-se, todavia, que o DL nº 200/1967 regula as entidades **federais**. Muito do que dele consta foi incorporado à Constituição de 1988, mas, não obstante, só é acurado falar no regime jurídico do DL nº 200/1967 como o “regime jurídico geral” das entidades **federais**.

Seja como for, o certo é que a expressão “autarquia sob regime especial” não reporta a um regime jurídico delimitado, uniforme, preestabelecido, bem definido; qualquer peculiaridade pode ser considerada, pela lei instituidora, motivo suficiente para afirmar que a entidade que está sendo criada é uma “autarquia sob regime especial”.

De um modo geral, as “autarquias sob regime especial” têm previstos nas leis instituidoras (federais, estaduais, distritais ou municipais) determinados instrumentos aptos a conferir-lhes **maior autonomia** do que as autarquias “comuns”, a exemplo da exigência de aprovação legislativa prévia para a nomeação de seus dirigentes, do estabelecimento de mandato por prazo determinado para seus dirigentes, da previsão de que suas decisões proferidas em processos administrativos são definitivas na esfera administrativa, não cabendo recurso ao ministério supervisor (ou órgão equivalente), entre outros.

A fim de ilustrar o emprego, antes referido, de disposições vagas, genéricas, pelo legislador, é oportuno transcrever o art. 4º da Lei nº 11.182/2005, que instituiu a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC:

“Art. 4º A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.”

Ora, autonomia administrativa e financeira e ausência de subordinação hierárquica são características de qualquer autarquia (a lei usa a expressão “independência administrativa” inadequadamente, pois nenhuma entidade da Administração Indireta pode ser “independente”, por força, dentre outros, do art. 84, II, da Carta Política). Seria, então, efetivamente “regime especial” apenas o mandato fixo de seus dirigentes.

Vale repetir, muitas leis, em todas as esferas da Federação, afirmam ter criado “autarquias sob regime especial” sem apresentar, sequer, uma lista genérica de “peculiaridades” do regime jurídico da entidade, como a transcrita acima.

São exemplos de autarquias sob regime especial o Banco Central do Brasil – BACEN e a Universidade de São Paulo – USP. As **agências reguladoras** federais (ANATEL, ANEEL, ANP, ANA, ANTT, ANAC etc.) têm sido, todas elas, instituídas como “autarquias sob regime especial”, exatamente em razão da intenção do legislador de conferir-lhes maior autonomia perante o Poder Executivo, quando comparadas às demais autarquias, sujeitas ao “regime geral” do Decreto-Lei nº 200/1967.

Para encerrar este tópico, cumpre atentar que não é lícito confundir “autarquias sob regime especial” e “agências reguladoras”, uma vez que qualquer entidade pode ser criada por lei sob regime autárquico especial, seja qual for a sua atividade, mesmo que nada tenha a ver com regulação (tome-se a USP como exemplo).

De outra parte, é mister frisar que não há relação obrigatória entre “autarquias sob regime especial” e “agências executivas”, porquanto a qualificação como agência executiva pode perfeitamente recair sobre autarquia sujeita a “regime comum”, desde que ela celebre contrato de gestão com o Poder Público e atenda aos requisitos impostos pela Lei nº 9.649/1998.

Faz-se oportuno, enfim, diferenciar “agências reguladoras” de “agências executivas”: aquelas têm sido criadas sempre como autarquias sob regime especial (pelo menos as federais) e só estão obrigadas a celebrar contrato de gestão se houver tal exigência na respectiva lei instituidora; estas podem ser autarquias “comuns” ou “especiais”, ou ainda fundações públicas, obrigatoriamente celebram contratos de gestão com o Poder Público e podem, ou não, atuar na área de regulação. Atente-se para o fato de que uma agência reguladora pode ser, ao mesmo tempo, uma agência executiva, mas tal correlação não é – de forma nenhuma! – obrigatória.

As agências executivas e as agências reguladoras serão objeto de exame pormenorizado adiante, em tópico específico desta obra.

4.6.1.14. Controle judicial

Como ocorre com toda a Administração Pública, a atuação das autarquias está sujeita a irrestrito controle judicial quanto a sua legalidade e legitimidade, corretivo ou preventivo, desde que haja provocação por parte de algum legitimado.

Os atos das autarquias, em regra, são atos administrativos, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico aplicável àqueles promanados da administração direta e a controle de legalidade e legitimidade pelo Poder Judiciário, tanto pelas vias ordinárias (uma ação de indenização, por exemplo), quanto pelas especiais (ação popular, mandado de segurança, ação civil pública etc.).

Os agentes das autarquias podem praticar “atos de autoridade”, passíveis de controle judicial de legalidade mediante mandado de segurança.

4.6.1.15. Juízo competente

As autarquias **federais**, nos litígios comuns, sendo autoras, rés, assistentes ou oponentes, têm suas causas processadas e julgadas na Justiça Federal (CF, art. 109, I). Os mandados de segurança contra atos coatores praticados por agentes autárquicos **federais** também são processados e julgados na Justiça Federal (CF, art. 109, VIII).

No caso de autarquias estaduais e municipais, não há regra específica. Portanto, as causas de que participem são processadas e julgadas na Justiça Estadual, assim como o são os mandados de segurança impetrados contra atos coatores de seus agentes públicos.

No que concerne às lides envolvendo pessoal, caso se trate de servidores públicos estatutários federais, os litígios funcionais entre os servidores e a autarquia federal serão processados e julgados pela Justiça Federal; se forem servidores públicos estatutários de autarquia estadual ou municipal, as lides funcionais serão processadas e julgadas na Justiça Estadual. Em qualquer hipótese, se os envolvidos forem empregados públicos (submetidos a regime trabalhista), os litígios entre o trabalhador e a autarquia (federal, estadual ou municipal) serão processados e julgados pela Justiça do Trabalho (CF, art. 114).

Cabe lembrar que não mais é possível a admissão concomitante de servidores públicos estatutários e de empregados públicos celetistas na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações públicas de um mesmo ente federado. Isso porque, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição, com a redação da EC nº 19/1998. A partir dessa decisão, **voltou a vigorar a redação original do caput do art. 39 da Constituição**, que exige a adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico (**regime jurídico único**) aplicável a todos os servidores integrantes de sua Administração Direta, autarquias e fundações públicas.

4.6.1.16. Privilégios processuais

As autarquias gozam dos privilégios processuais outorgados à Fazenda Pública, de que são exemplos:

- a) **prazo em quádruplo** para **contestar** e em dobro **para recorrer** nos processos em que é parte (CPC, art. 188; Lei nº 9.469/1997, art. 10);
- b) **isenção** de **custas** judiciais, **não excluída**, entretanto, a obrigação de reembolsar as **despesas** judiciais feitas pela parte vencedora (Lei nº 9.289/1996, art. 4º, I, e parágrafo único);
- c) **dispensa** de exibição de **instrumento de mandato** em juízo, pelos procuradores de seu quadro de pessoal, para a prática de atos processuais (Lei nº 9.469/1997, art. 9º);
- d) **dispensa** de **depósito** prévio, para interposição de **recurso** (Lei nº 9.494/1997, art. 1º-A);
- e) **não** sujeição a **concurso de credores** ou à **habilitação** em falência, liquidação, recuperação judicial, inventário ou arrolamento, para cobrança de seus créditos; há somente concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público, com prioridade para as federais, seguidas das estaduais e distritais e, por último, as municipais (Lei nº 6.830/1980, art. 29).

Ainda, a sentença proferida contra autarquia, ou que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (que inclui a dívida ativa das autarquias – Lei nº 6.830, art. 2º, § 1º), está sujeita ao **duplo grau de jurisdição obrigatório**, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, I e II).

Sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório significa que o juiz, ao proferir a sentença, deve determinar a remessa dos autos ao tribunal (remessa oficial), mesmo que não tenha havido recurso voluntário (apelação). Se o juiz não o fizer, deverá o presidente do tribunal avocar os autos (CPC, art. 475, § 1º).

Não se aplica a regra acima (duplo grau obrigatório) quando a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor (CPC, art. 475, § 2º). Também **não se aplica** o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente (CPC, art. 475, § 3º).

Por fim, é relevante aludir ao fato de que as autarquias respondem judicialmente por suas dívidas mediante o denominado sistema de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição (exceto na hipótese de obrigações de pequeno valor, definidas em lei). Em razão do regime de precatórios, nas execuções fiscais (cobrança judicial) contra uma autarquia os bens desta não estão sujeitos a penhora, não podem ser compulsoriamente alienados para assegurar a satisfação da dívida exequenda. Em vez disso, as verbas necessárias ao pagamento das dívidas da autarquia reconhecidas mediante sentença

transitada em julgado, consignadas nos correspondentes precatórios judiciais, são incluídas em dotações próprias no orçamento do ente federado a que ela esteja vinculada, nos termos do § 1º do art. 100 do Texto Magno.

4.6.1.17. Prescrição quinquenal

As dívidas e direitos em favor de terceiros contra autarquia prescrevem em cinco anos (Decreto nº 20.910/1932, art. 1º, combinado c/ Decreto-Lei nº 4.597/1942, art. 2º). Significa que aquele que tiver crédito contra autarquia deverá promover a cobrança nesse prazo, sob pena de extinção do seu direito de ação.

O prazo prescricional pode ser suspenso e interrompido nas mesmas situações aplicáveis às ações em geral, previstas no Código de Processo Civil. A interrupção da prescrição só pode ocorrer uma vez e, cessada a causa da interrupção, o recomeço do prazo está sujeito a regra especial: em vez de a contagem – como ocorre nas situações ordinárias de interrupção da prescrição – reiniciar da “estaca zero”, o prazo prescricional contra a autarquia recomeça a correr pela metade (dois anos e meio).

É oportuno consignar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa regra especial de reinício da contagem do prazo prescricional interrompido não pode resultar em um prazo total, somados os períodos anterior e posterior à interrupção, inferior a cinco anos (Súmula 383 do STF).

Exemplificando, se o prazo prescricional iniciou em 01.01.2003 e a interrupção ocorreu em 01.01.2007, quando reiniciar a contagem haverá mais dois anos e meio de prazo até que ocorra a prescrição (aplica-se a regra do recomeço pela metade). Diferentemente, se o termo inicial do prazo prescricional deu-se em 01.01.2003 e a interrupção ocorreu em 01.01.2004, o prazo restante, uma vez cessada a interrupção, não será de dois anos e meio, e sim de quatro anos, isto é, a prescrição consumir-se-á em 01.01.2008, a fim de que a soma dos períodos anterior e posterior à interrupção não resulte em prazo inferior a cinco anos, conforme exige a sobrecitada Súmula 383 de nossa Corte Constitucional.

4.6.1.18. Imunidade tributária

As autarquias gozam da chamada imunidade tributária recíproca, que veda a instituição de **impostos** sobre o seu patrimônio, suas rendas e sobre os serviços que elas prestem, desde que estejam vinculados a suas finalidades essenciais, ou às que destas decorram (CF, art. 150, VI, “a”, e § 2º). Nos termos literais do texto constitucional, a imunidade só protege o patrimônio,

a renda e os serviços vinculados às finalidades essenciais da autarquia, ou decorrentes dessas finalidades. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem decidido que a imunidade também alcança a exploração, pela autarquia, de atividades estranhas aos seus fins próprios, desde que a renda decorrente dessa exploração seja integralmente destinada à manutenção ou ampliação das finalidades essenciais da entidade.

4.6.1.19. Responsabilidade civil

As autarquias 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 (CF, art. 37, § 6º).

Essa regra constitucional sujeita as autarquias a responsabilidade civil (extracontratual) objetiva, na modalidade “risco administrativo”. Significa que a autarquia terá que indenizar danos (patrimoniais ou morais) que seus agentes, atuando nesta qualidade, causem a terceiros, independentemente de dolo ou culpa do agente. Poderá eximir-se da responsabilidade, se provar culpa exclusiva de quem sofreu o dano, ou que o dano decorreu de alguma excludente admitida, como a força maior. Condenada a indenizar, a autarquia tem ação regressiva contra o agente causador do dano, mas a ação só será julgada procedente se a entidade provar que este agiu com dolo ou culpa (a responsabilidade extracontratual do agente é subjetiva, na modalidade “culpa comum”).

4.6.2. *Fundações públicas*

4.6.2.1. Conceito

As fundações, no âmbito do direito privado – no qual tiveram sua origem –, são definidas como a personificação de um patrimônio ao qual é atribuída uma finalidade específica não lucrativa, de cunho social. A instituição de uma fundação privada resulta da iniciativa de um particular, pessoa física ou jurídica, que destaca de seu patrimônio determinados bens, os quais adquirem personalidade jurídica para a atuação na persecução dos fins sociais definidos no respectivo estatuto.

Identificamos, portanto, três elementos essenciais no conceito de fundação:

- a) a figura do instituidor, que faz a dotação patrimonial, ou seja, separa um determinado patrimônio para destiná-lo a uma finalidade específica;

- b) o objeto consistente em atividades de interesse social;
- c) a ausência de fins lucrativos.

Trazidas muito mais tarde para a esfera do direito público, as fundações mantiveram, conceitualmente, esses mesmos elementos. Com efeito, as fundações públicas são patrimônio público personificado em que a figura do instituidor é uma pessoa política; esta faz a dotação patrimonial e destina recursos orçamentários para a manutenção da entidade. Conquanto não exista regra constitucional expressa que o determine, o objeto das fundações públicas deve ser uma atividade de interesse social – evidentemente exercida sem intuito de lucro –, tal qual educação, saúde, assistência social, pesquisa científica, proteção do meio ambiente.

Fundações públicas são, portanto, entidades assemelhadas às fundações privadas, tanto no que se refere à sua finalidade social, quanto no que diz respeito ao objeto não lucrativo. Diferem, porém, quanto à figura do instituidor e ao patrimônio afetado: as fundações privadas são criadas por ato de vontade de um particular, a partir de patrimônio privado; as fundações públicas são criadas por iniciativa do Poder Público, a partir de patrimônio público, e pressupõem a edição de lei específica.

Na lição da Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro, “pode-se definir a fundação instituída pelo poder público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”.

Dessarte, as fundações públicas são entidades integrantes das Administrações Indiretas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, voltadas para o desempenho de atividades de interesse social, como assistência médica e hospitalar, educação e ensino, pesquisa científica, assistência social, atividades culturais, dentre outras. Não devem ser criadas para a exploração de atividade econômica em sentido estrito, com finalidade de lucro; para esse fim deve o Estado instituir empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme deflui do art. 173 da Constituição Federal.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a estar previsto no texto constitucional que seja editada **lei complementar** com o escopo de definir as áreas em que as fundações públicas podem atuar.

São exemplos de fundações públicas: Fundação Nacional do Índio; Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Fundação Nacional da Saúde; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Fundação Escola de Administração Pública.

4.6.2.2. Natureza jurídica

A fundação pública é a entidade da Administração Indireta que há muito provoca grandes divergências quanto à natureza de sua personalidade jurídica, havendo autores tradicionais que entendem serem elas sempre pessoas jurídicas de direito privado, outros administrativistas para quem, depois da Constituição de 1988, todas as fundações públicas passaram a ser pessoas jurídicas de direito público e, ainda, uma corrente que defende a possibilidade de tais entidades serem instituídas com personalidade jurídica de direito público ou com personalidade jurídica de direito privado, a critério do ente federado matriz.

Embora exista uma orientação dominante – a terceira das acima expostas, conforme será detalhado mais abaixo –, o fato é que está longe o momento de pacificação das diversas orientações doutrinárias acerca desse tema. Ademais, no Direito positivo, o legislador não tem colaborado para o fim da controvérsia, ora tratando a fundação pública como entidade de direito privado, ora como de direito público.

A rigor, antes da Constituição de 1988 existia dúvida até mesmo quanto a serem, ou não, as fundações públicas entidades formalmente integrantes da Administração Pública. O Decreto-Lei nº 200/1967, na sua redação original, não incluía as fundações públicas entre as entidades da Administração Indireta, mas, no § 2º do seu art. 4º, equiparava às empresas públicas “as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades”. Pouco tempo depois, o Decreto-Lei nº 900/1969 **revogou** o mencionado § 2º do art. 4º do DL nº 200/1967. Quase duas décadas mais tarde, o Decreto-Lei nº 2.299/1986 incluiu novamente um § 2º no art. 4º do DL nº 200/1967 para determinar que “as fundações instituídas em virtude de lei federal ou de cujos recursos participe a União” deveriam ser consideradas integrantes da Administração Indireta federal, mas apenas para alguns efeitos, especialmente “subordinação aos mecanismos e normas de fiscalização, controle e gestão financeira”. Um ano mais tarde, enfim, a Lei nº 7.596/1987 acrescentou a alínea “d” ao inciso II do art. 4º do DL nº 200/1967, passando as fundações públicas a figurar no rol das entidades formalmente integrantes da Administração Indireta federal. Essa mesma lei incluiu também o inciso IV no art. 5º do DL nº 200/1967, com a seguinte definição de fundação pública:

“Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio

gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

Coerente com a atribuição de personalidade jurídica de direito privado às fundações públicas, a Lei nº 7.596/1987 acrescentou o § 3º ao art. 5º do DL nº 200/1967, afirmando que elas “adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas”. Entretanto, esse mesmo dispositivo expressamente **exclui** a aplicação às fundações públicas das “demais disposições do Código Civil concernentes às fundações”.

Dessa forma, não é possível extrair do DL nº 200/1967 quais seriam as características específicas do regime jurídico das fundações públicas que decorreriam de sua personalidade jurídica de direito privado – uma vez que a elas não se aplica o Código Civil.

Cumpra notar, aliás, que o DL nº 200/1967 nem mesmo explicita que as fundações públicas devem atuar na área social. Deveras, o seu texto é omissivo acerca das atividades a que podem se dedicar as fundações públicas. Fica implícito, todavia, que não podem ser atividades próprias do Poder Público, típicas de Estado. Infere-se, também, que o DL nº 200/1967 não pretendeu que fosse outorgada a exploração de atividades econômicas às fundações públicas, uma vez que o seu art. 5º expressamente atribuiu tais atividades às empresas públicas e às sociedades de economia mista (não era prevista, no DL nº 200/1967, a possibilidade – atualmente existente – de serem criadas empresas públicas e sociedades de economia mista para a prestação de serviços públicos).

Conclui-se, então, que a intenção do legislador federal foi deixar às fundações públicas a prestação de serviços públicos em geral, desde que não sejam típicos de Estado ou, de qualquer forma, exijam o exercício de prerrogativas de direito público.

Ressaltamos que o histórico acima apresentado refere-se exclusivamente à Administração Pública **federal**, uma vez que a sua base é o DL nº 200/1967. Nos entes federados menores, o caos normativo, antes de 1988, era, em regra, ainda maior, isso quando existia alguma tentativa de sistematização legal da estrutura da respectiva Administração Pública!

A partir da promulgação da Constituição de 1988 restou incontroverso que as fundações públicas integram formalmente a Administração Pública brasileira. São elas uma das quatro categorias de entidades que compõem a Administração Indireta, conforme se extrai claramente, dentre outros, do art. 37, XIX, da Constituição de 1988 (o *caput* desse artigo explicita que suas normas aplicam-se à “administração pública direta e indireta”).

Cumprir registrar que a Carta Política de 1988 trouxe em seu texto inúmeras referências às fundações públicas, conferindo-lhes muitos dos privilégios próprios das entidades de direito público, emparelhando-as com as autarquias em diversos dispositivos. Em razão do tratamento dado pelo constituinte **originário** às fundações públicas, a doutrina administrativista de então, majoritariamente, passou a propugnar o reconhecimento de personalidade de direito público a essas entidades, indistintamente.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, porém, introduziu alterações importantes em determinadas regras constitucionais concernentes às fundações públicas, sendo sobremaneira significativa a modificação do art. 37, XIX, que disciplina a criação de entidades da Administração Indireta, em todas as esferas da Federação.

Com efeito, pela redação que lhe deu a EC nº 19/1998, o inciso XIX do art. 37 passou a estabelecer duas formas distintas de criação de entidades da Administração Indireta:

- a) criação diretamente efetuada pela edição de uma lei específica; e
- b) mera autorização conferida em lei específica para a criação da entidade, devendo o Poder Executivo⁶ elaborar os seus atos constitutivos e providenciar a inscrição no registro competente a fim de que ela adquira personalidade.

A primeira forma de criação está **expressamente** prevista **só** para as autarquias; a segunda é, literalmente, a sistemática aplicável às demais entidades.

Como se vê, o inciso XIX do art. 37 da Constituição, **desde 1998**, só prevê a instituição de fundações públicas segundo o mecanismo próprio de criação de pessoas privadas. Por isso, elas são tratadas, nesse dispositivo, em conjunto com as empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades incontestavelmente dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

Não obstante essa irrefutável constatação, nossa doutrina majoritária e nossa jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, firmaram-se pela possibilidade de as fundações públicas serem instituídas, ou com personalidade jurídica de direito privado – caso em que estará sendo aplicado literalmente o que prevê o inciso XIX do art. 37 –, ou com personalidade jurídica de direito público.

Nessa segunda hipótese – não prevista no texto constitucional – a fundação pública será criada diretamente pela lei específica, adquirirá personalidade jurídica com a simples vigência da lei instituidora. Mais precisamente, o Poder Público terá criado uma espécie de autarquia, uma vez que o texto

⁶ Supondo tratar-se de entidade vinculada ao Poder Executivo, situação verificada na quase totalidade dos casos.

constitucional é claro ao estatuir que entidades da Administração Indireta criadas diretamente pela edição de uma lei específica são autarquias.

Vale ressaltar: a despeito da inexistência de previsão constitucional expressa, é legítima a instituição de fundações públicas com personalidade de direito público, porém tais entidades nada mais são do que espécie de autarquias, as denominadas “fundações autárquicas” ou “autarquias fundacionais”. Seu regime jurídico é o próprio das autarquias.

A diferença entre uma autarquia e uma fundação autárquica é meramente conceitual: aquela é definida como um **serviço público personificado**, em regra, típico de Estado; esta é, por definição, um **patrimônio personalizado** destinado a uma finalidade específica, usualmente de interesse social. Repita-se, o regime jurídico de ambas é, em tudo, **idêntico**.

A nosso ver, o regramento do vigente Código Civil corrobora a tese de que é possível a lei (específica) criar uma fundação pública com personalidade jurídica de direito público, desde que assim disponha o legislador. Com efeito, o seu art. 41 estatui (as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público enquadrar-se-iam no inciso V):

“Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I – a União;

II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III – os Municípios;

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.”

Consideramos conveniente utilizar, mesmo no caso das fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, a expressão “fundação pública” – tal como o faz o DL nº 200/1967 –, para deixar claro que se trata de entidade formalmente integrante da Administração Pública, diferenciando-as das fundações privadas, criadas por iniciativa de particulares, as quais nenhuma relação têm com a Administração Pública (por exemplo, Fundação Roberto Marinho, Fundação Ayrton Senna). Alguns autores têm utilizado as expressões “fundação pública de direito privado” e “fundação pública de direito público”, a fim de explicitar a natureza jurídica da entidade.

É muito relevante enfatizar, todavia, que a Constituição Federal não faz, nem antes, nem depois da EC nº 19/1998, distinção em seu texto entre fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Por essa razão, todas as disposições constitucionais que se referem a fundações públicas

alcançam toda e qualquer fundação pública, não importa a natureza de sua personalidade jurídica.

A rigor, a Carta Política emprega variadas expressões para se referir às fundações públicas, por exemplo, “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, “administração fundacional” ou, simplesmente, “fundações”. Aliás, foi a EC nº 19/1998 – talvez na vã tentativa de afastar a possibilidade de serem criadas fundações públicas com personalidade jurídica de direito público – que introduziu no texto constitucional diversos dispositivos aludindo tão-somente a “fundações”, sem agregar o vocábulo “públicas”.

Essas variações são irrelevantes. Sobremaneira importante, reiteramos, é ter em conta que todas as regras constitucionais pertinentes à Administração Pública que falem de algum modo em “fundações”, ou “administração fundacional”, aplicam-se a qualquer fundação pública, tanto as “fundações públicas de direito público” quanto as “fundações públicas de direito privado”.

É o que se verifica, por exemplo, no caso da imunidade tributária recíproca, que o § 2º do art. 150 da Carta Política estende às autarquias e às “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Também ilustrativa é a situação do art. 39, *caput*, da Constituição, em sua redação original, que impõe a adoção de regime jurídico único “para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” (a redação original desse dispositivo voltou a vigorar desde agosto de 2007, quando o STF, no julgamento da ADI 2.135/DF, declarou inconstitucional, liminarmente, com efeitos *ex nunc*, a modificação do art. 39, *caput*, da Constituição, perpetrada pela EC nº 19/1998).⁷ Ainda exemplificando, mencionamos o art. 38, *caput*, do Texto Magno, que estabelece regras sobre afastamento, acumulação e remuneração para os servidores públicos “da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo”.

⁷ Essa volta da exigência de adoção de regime jurídico **único** para os agentes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas origina um problema quando o regime adotado é o estatutário (caso da União, dos estados em geral, do Distrito Federal e dos municípios maiores): é difícil compatibilizar regime estatutário e personalidade jurídica de direito privado. Assim, quando estatutário o regime jurídico **único**, serão agentes públicos estatutários também os das fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, as quais terão que estabelecer em sua estrutura quadros de **cargos** públicos e sistemas de carreiras, desnaturando parcialmente a organização típica das pessoas jurídicas de direito privado em geral. Em que pese essa dificuldade, consideramos menos grave a distorção apontada do que pretender, com base em conceitos puramente doutrinários, conferir uma interpretação restritiva à redação originária do *caput* do art. 39 da Constituição para defender que ele não seja aplicável às fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. Isso seria propor uma distinção entre fundações públicas onde o constituinte não distinguiu, nem teve intenção de distinguir, de forma alguma!

Esses e todos os outros dispositivos constitucionais análogos, vale repetir, alcançam as “fundações públicas de direito público” e as “fundações públicas de direito privado”, indistintamente.

Pensamos que essa orientação também deve ser adotada, em regra, nos casos em que as leis mencionam, genericamente, “fundações públicas” (ou “administração fundacional”, ou expressões equivalentes) como destinatárias de suas regras. Somente na hipótese de a regra legal ser indiscutivelmente incompatível com a personalidade jurídica de direito privado é que, a nosso ver, poderá ser cogitada a adoção de uma interpretação restritiva, excluindo de seu alcance as “fundações públicas de direito privado”.

Exemplo do primeiro caso citado no parágrafo precedente temos no art. 4º, I, da Lei nº 9.289/1996, segundo o qual:

“Art. 4º São isentos de pagamento de custas:

I – a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais,
o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações;
.....”

Essa regra legal, segundo pensamos, aplica-se a todas as fundações públicas, porque não é incompatível com personalidade jurídica de direito privado, não sendo legítimo ao intérprete, portanto, discriminar onde o legislador não o fez. É interessante salientar, de passagem, que o citado dispositivo nem mesmo agrega o qualificativo “públicas” às fundações nele referidas!

Situação em que deve ser feita a interpretação restritiva pode ser ilustrada com o art. 6º da Lei nº 9.469/1997, a saber:

“Art. 6º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciais e à conta do respectivo crédito.”

Ora, a Constituição é clara ao estabelecer, especialmente no § 1º do art. 100, que o sistema de precatórios é exclusivo das “entidades de direito público”. Como se trata de norma constitucional, em sua conformidade deve a lei ser interpretada, excluindo-se do alcance do art. 6º as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado.

Finalizando este tópico, lembramos que, a partir da EC nº 19/1998, o inciso XIX do art. 37 da Constituição da República passou a prever, em sua parte final, que **lei complementar** estabeleça as áreas em que poderão atuar as fundações públicas. Trata-se de regra aplicável tanto às “fundações públicas

de direito público” quanto às “fundações públicas de direito privado”. Essa lei complementar até hoje não foi editada. Provavelmente, quando o for, será encampada a lição da doutrina, segundo a qual as fundações públicas (assim como as fundações privadas, instituídas pela iniciativa privada) devem atuar em áreas de interesse social, por exemplo, educação, saúde, assistência social, pesquisa científica, proteção do meio ambiente.

Segundo pensamos, a lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37 da Carta Política deverá ser uma lei editada pelo Congresso Nacional com caráter nacional, isto é, obrigando todos os entes da Federação. Reconhecemos que o assunto é controverso, e não tem sido enfrentado amiúde pelos administrativistas pátrios.

É verdade que legislar sobre direito administrativo não se encontra entre as matérias sujeitas à competência concorrente (CF, art. 24), não se podendo invocar o § 1º do art. 24 da Constituição como fundamento para que a União edite uma lei geral, de caráter nacional, estabelecendo, para todos os entes federados, as áreas de atuação admitidas para as respectivas fundações públicas.

Não obstante, deve-se ter em conta que o art. 37 da Carta da República é endereçado a toda a Administração Pública, de todas as esferas da Federação, e o seu inciso XIX estatui que cabe “a lei complementar” definir as áreas de atuação das fundações públicas. Como se vê, há um artigo definido antes da expressão “lei complementar”, vale dizer, consta do inciso que a lei complementar deve definir as áreas de atuação das fundações públicas; e não há dúvida de que o inciso XIX do art. 37 alcança todas as fundações públicas de todas as pessoas políticas. Dessarte, ele prevê que a lei complementar estabeleça as áreas de atuação de todas as fundações públicas do País. Conquanto não seja absurdo propugnar que se leia “uma lei complementar de cada ente federado”, não nos parece a leitura mais natural do dispositivo.

Para mais desse argumento, a EC nº 19/1998, que operou em nosso ordenamento constitucional a tão propalada – e realmente profunda – “reforma administrativa”, teve como diretrizes patentes a moralização e a racionalização da Administração Pública de todo o País, visando a ampliar sua eficiência, nos modelos da denominada “administração gerencial”. A tese de que cada ente federado possa editar uma lei complementar própria estabelecendo as áreas de atuação das suas respectivas fundações públicas é frontalmente contrária a toda a estrutura da EC nº 19/1998, uma vez que a regulação da matéria em seis mil leis diferentes destruiria qualquer pretensão de racionalização e faria inteiramente baldada a tentativa de moralização dessa problemática figura administrativa que são as fundações públicas!

Repetimos que a lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal ainda não foi editada. Quando o for, se o legislador

da União – como imaginamos que acontecerá – editar uma lei obrigatória para todas as pessoas políticas, certamente chegaremos a ter uma manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito, uma vez que o tema diz com o equilíbrio federativo e a autonomia dos entes federados menores.

4.6.2.3. Regime jurídico

Tendo em conta o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante segundo o qual as **fundações públicas com personalidade jurídica de direito público** são, simplesmente, uma “espécie do gênero autarquia”, não há dúvida de que a essas entidades são estendidos os mesmos poderes, privilégios e restrições que a ordem jurídica confere às autarquias, anteriormente estudados.

Em poucas palavras, por serem as “fundações públicas de direito público” autarquias, o regime jurídico a elas aplicável é o das autarquias: sujeitam-se ao regime de direito público, com todas as prerrogativas e restrições que o caracterizam.

A situação das **fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado**, diferentemente, não é bem definida, havendo incontornáveis divergências doutrinárias e muito pouca jurisprudência conclusiva sobre os pontos mais polêmicos.

No plano puramente teórico, conceitual, é fácil afirmar que essas entidades sujeitam-se a um regime híbrido, isto é, são em parte reguladas por normas de direito privado e em parte reguladas por normas de direito público. Essa afirmação genérica é válida para todas as entidades da Administração Indireta que ostentam personalidade jurídica de direito privado, até mesmo para as que exploram atividades econômicas (feita a ressalva de que estas últimas são as que menos se sujeitam a derrogações do regime privado pelo direito público, em decorrência do comando vazado no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal).

O problema específico das “fundações públicas de direito privado” é que, conforme foi antes exposto, inúmeras regras constitucionais têm como destinatárias as autarquias e as fundações públicas, conjuntamente. Todas essas normas aplicam-se a qualquer fundação pública, não importa a natureza de sua personalidade jurídica, seja qual for o termo empregado no dispositivo constitucional: “administração fundacional”, “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, “fundações” (sem qualquer qualificativo) etc.

Dificultando ainda mais a distinção de regime jurídico entre as “fundações públicas de direito privado” e as “fundações públicas de direito público”, existem diversas leis que veiculam regras de direito público endereçadas às

autarquias e às fundações públicas, de forma englobada e indistinta (às vezes, empregam o vocábulo “fundações”, simplesmente, sem sequer explicitar o adjetivo “públicas”). Tais regras legais alcançam, em princípio, todas as fundações públicas, a menos que seu conteúdo seja patentemente incompatível com a personalidade jurídica de direito privado.⁸

Não obstante esses percalços, é possível apontar, exemplificativamente, algumas características próprias das “fundações públicas de direito privado”, que as **distinguem** das “fundações públicas de direito público”:

- a) só adquirem personalidade jurídica com a inscrição dos seus atos constitutivos no registro público competente;
- b) não podem desempenhar atividades que exijam o exercício de poder de império, especialmente a prática de atos auto-executórios em geral e de atos pertinentes ao poder de polícia, como a aplicação de multas e outras sanções aos particulares;
- c) não têm poder normativo (não podem editar atos gerais e abstratos que obriguem os particulares);
- d) seus bens não se enquadram como bens públicos;
É possível, entretanto, que alguns de seus bens sujeitem-se a regras de direito público, como a impenhorabilidade. Isso ocorre com os bens empregados diretamente na prestação de serviços públicos, em decorrência do princípio da continuidade dos serviços públicos.
- e) não estão sujeitas ao regime de precatórios judiciais, previsto no art. 100 da Constituição;
- f) não podem ser sujeitos ativos tributários;

No Brasil, as pessoas de direito privado não têm capacidade tributária ativa, isto é, o poder de exigir tributos. Ainda que se trate de um tributo cuja receita seja destinada ao custeio da “fundação pública de direito privado” (uma contribuição ou uma taxa, por exemplo), ele terá que ser exigido por

⁸ Em uns poucos casos, encontramos dispositivos legais que literalmente restringem sua aplicação a pessoas jurídicas de direito público. É exemplo o art. 1º-A da Lei nº 9.494/1997: “Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.” É evidente que a regra supratranscrita não se aplica a fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. Merece menção, também, o art. 475 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.532/2001, que submete à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório as “fundações de direito público”. Parece-nos que, aqui, o legislador quis explicitar que o dispositivo só alcança as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público. Reiteramos, entretanto, que são muito raras as situações em que as leis são explícitas quanto ao ponto em análise. A grande maioria simplesmente indica como destinatárias de suas regras “autarquias e fundações públicas”, conjuntamente e sem qualquer distinção entre fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado.

uma pessoa jurídica de direito público, que repassará à fundação os valores correspondentes.

- g) não têm a prerrogativa de cobrar suas dívidas mediante o processo especial de execução judicial estabelecido na Lei nº 6.830/1980.

Um ponto, a nosso ver, merece maior detalhamento. Consiste ele em perquirir se o art. 66 do Código Civil – “Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.” – aplica-se às fundações públicas ou somente às fundações privadas, instituídas pela iniciativa privada.

Existe razoável consenso entre os administrativistas pátrios acerca da inaplicabilidade do art. 66 do Código Civil às fundações públicas, tanto aquelas com personalidade jurídica de direito público (que são espécie de autarquia), quanto as que tenham personalidade jurídica de direito privado.

Essa é, por exemplo, a posição da Profª. Maria Sylvia Di Pietro, para quem a tutela administrativa a que estão sujeitas as fundações públicas (tanto as que têm personalidade jurídica de direito público quanto as com personalidade de direito privado) é meio de controle suficiente e apto a assegurar a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. Explica a autora que “com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída”. Finaliza lembrando que Pontes de Miranda já ensinava que o dever de o Ministério Público velar pelas fundações só se aplicaria a fundações privadas.

Sem embargo da posição majoritária acima apontada, que pensamos ser, deveras, a mais coerente com o nosso ordenamento jurídico, é oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.794/DF (rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.12.2006), embora não fosse este o objeto central da discussão, afirmou, incidentalmente, que é “atribuição do Ministério Público Federal” a “veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios”.

Nessa ADI 2.794/DF, estava em apreciação a constitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil. É necessário transcrever a íntegra desse artigo:

“Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.”

O STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 66 do Código Civil, por entender que as fundações públicas existentes no Distrito Federal (e as que eventualmente vierem a existir em Territórios, caso algum seja futuramente criado) devem estar sujeitas à atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), e não ao Ministério Público Federal (ver Informativo 452, do STF).

Consoante afirmamos, o cerne da discussão **não foi** a aplicabilidade, ou não, do art. 66 do Código Civil às fundações públicas. Entretanto, ao referir-se à competência do Ministério Público Federal, afirmou a Corte Suprema competir a ele a “veladura” pelas fundações públicas federais.

Ocorre que, apesar de ter usado essa palavra “veladura”, aparentemente reportando ao art. 66 do Código Civil, nossa opinião é que o Tribunal Excelso não pretendia afirmar que a atuação do Ministério Público relativamente às fundações públicas é da mesma natureza que a sua atuação sobre as fundações privadas. Com efeito, o Ministério Público dos estados exerce uma espécie de função de curador relativamente às fundações privadas. Tanto assim, que muitos Ministérios Públicos estaduais têm, literalmente, uma curadoria das fundações (privadas). Isso não existe, de maneira nenhuma, para as fundações públicas. Estas não têm que pedir autorização prévia do Ministério Público para a prática de atos, como acontece com as fundações privadas.

O que o Ministério Público faz relativamente às fundações públicas é um controle igual ao que ele exerce sobre toda a Administração Pública, Direta e Indireta, quando se verificam indícios de irregularidades. Não é uma “veladura”, no sentido de “curadoria”, mas sim um controle eventual de legalidade da atuação da Administração Pública, função ordinária de todos os Ministérios Públicos (conforme a competência, determinada pela Justiça, Estadual ou Federal, sob cuja jurisdição esteja a entidade), sem nenhuma distinção especial no que toca às fundações públicas.

Assim, as fundações públicas estaduais e municipais estão sujeitas à atuação do Ministério Público Estadual, as fundações públicas distritais estão sujeitas à atuação do MPDFT, e as fundações públicas federais estão sujeitas à atuação do Ministério Público Federal. Em nenhum caso, porém, essa atuação é uma “veladura” propriamente dita, mas sim um controle pontual de legalidade, exercido quando surgem suspeitas ou indícios de irregularidades, competência ordinária do Ministério Público abrangente de toda a Administração Pública, sem nenhuma peculiaridade relativamente às fundações públicas.

As fundações privadas, diferentemente, são veladas (aí, sim, o emprego dessa palavra é adequado) pelo Ministério Público, isto é, o Ministério Público atua como curador das fundações privadas, precisando elas prestar satisfação permanente de suas atividades ao Ministério Público, independentemente de suspeitas de irregularidades, e necessitando, para a prática de determinados atos, obter autorização prévia do Ministério Público. Os Ministérios Públicos estaduais velam pelas fundações privadas em geral e o MPDFT vela pelas fundações privadas que estejam situadas no Distrito Federal (e nos Territórios, se um dia vierem a ser criados).

Como reforço, é mister notar que o art. 66 do Código Civil, agora sem o seu § 1º, versa sobre a atuação do Ministério Público Estadual – e também, com a decisão em foco, do MPDFT –, enquanto, ao falar em “veladura”, o Supremo Tribunal Federal estava se reportando à atuação do Ministério Público Federal. Esse é mais um argumento em favor de nossa opinião, segundo a qual não se pode afirmar que nossa Corte Suprema tenha decidido, na ADI 2.794/DF, que o art. 66 do Código Civil aplica-se às fundações públicas.

Finalizando este tópico, consideramos oportuno abordar um tema pouco enfrentado pelos autores em geral: o foro das fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado.

As fundações públicas com personalidade jurídica de direito público não apresentam nenhum problema: são uma espécie de autarquia e, portanto, se forem federais, têm foro na Justiça Federal. Veja-se a ementa do RE 215.741/SE, rel. Min. Maurício Corrêa, 30.03.1999, sobremaneira elucidativa, concernente à Fundação Nacional de Saúde (quase idêntica é a ementa do RE 127.489/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 25.11.1997, envolvendo a Fundação Universidade do Rio de Janeiro):

“1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. **Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias.** 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.”

Já as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado não são consideradas espécie de autarquia, sendo controvertida a possibilidade de se enquadrarem no art. 109, inciso I, da Constituição. Originalmente, o texto do Decreto-Lei nº 200/1967 equiparava as fundações públicas federais (qualquer uma) às empresas públicas federais (art. 4º, § 2º), o que resolveria o problema do foro. Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto-Lei nº 900/1969, e hoje não há lei que contenha previsão semelhante.

Existem muitos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) atribuindo o foro da Justiça Federal às causas que envolvam fundações públicas. Em alguns, essa Corte Superior, genericamente, as equipara às autarquias, sem distinguir entre fundação pública com personalidade jurídica de direito público e fundação pública com personalidade jurídica de direito privado (CC 39.431/PE, rel. Min. Luiz Fux, 14.02.2005; CC 37.681/SC, rel. Min. Nancy Andrighi). Em outros, de forma ainda mais genérica, o STJ simplesmente afirma que as fundações públicas federais têm foro na Justiça Federal (CC 34.977/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 26.02.2003; CC 30.756/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 26.09.2001).

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cabe mencionar um julgado de 1996, citando jurisprudência firmada pela Corte em 1989, segundo a qual as fundações públicas com personalidade jurídica de **direito privado** “são equiparadas às empresas públicas, para os efeitos do art. 109, I, da Constituição da República, sendo da Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas de que participem” (CC 16.397, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28.08.1996). Frise-se que esse último julgado e a jurisprudência nele mencionada são **muito posteriores** à revogação do dispositivo do Decreto-Lei nº 200/1967 que equiparava as fundações públicas às empresas públicas, reportando-se, além disso, já à Constituição de 1988.

Relativamente à jurisprudência, merece alusão, por derradeiro, este aresto do Supremo Tribunal Federal (RE 115.134/DF, rel. Min. Carlos Madeira, 08.04.1988), que, embora tenha sido prolatado na vigência da Constituição pretérita, é bastante posterior à revogação do § 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967:

“Natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Desde que assumam a gestão de serviço estatal, e sejam mantidas por recursos orçamentários, sob a direção do Poder Público, integram a Administração Indireta, e são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso conhecido e provido.”

Quanto ao nosso Direito legislado, é relevante observar que a Lei nº 10.259/2001 estatui poderem ser parte, como rés, nos Juizados Especiais

Federais Cíveis (Justiça Federal, portanto), “a União, autarquias, **fundações** e empresas públicas federais”, sem qualquer menção à personalidade jurídica das fundações públicas a que se refere.

Registramos, também, que a Lei Complementar nº 73/1993, em seu art. 2º, § 3º, estabelece que “as Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas são órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União”, a qual atua, em regra, perante a Justiça Federal.

Aliás, inúmeras leis pertinentes à Advocacia-Geral da União referem-se em seus dispositivos, de forma conjunta, a autarquias e fundações públicas, dispensando-lhes igual tratamento; e não fazem qualquer distinção entre fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado (às vezes, nem mesmo é usado o qualificativo “públicas”, empregando a lei, simplesmente, a palavra “fundações”, como ocorre, por exemplo, dentre outros, no art. 11, § 2º, II, da Lei nº 10.480/2002).

Em resumo, pensamos ser consensual a sujeição das fundações públicas federais com personalidade jurídica de **direito público** ao foro da Justiça Federal, porquanto consideradas uma espécie de autarquia. Parece-nos, embora haja divergência entre os autores, que também as fundações públicas federais com personalidade jurídica de **direito privado** têm foro na Justiça Federal, à vista do que se obtém da análise de nossa jurisprudência e de nossas leis.⁹

4.6.3. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*

4.6.3.1. Introdução

O estudo das empresas públicas e das sociedades de economia mista exige, preliminarmente, a exposição de alguns conceitos imprescindíveis para a adequada compreensão da matéria e uniformização da linguagem que será utilizada nos tópicos pertinentes. Vislumbramos essa necessidade porque, conforme será visto, nosso ordenamento constitucional atribui relevância ao

⁹ A Profª. Maria Sylvia Di Pietro e o Prof. José dos Santos Carvalho Filho entendem que as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado não têm foro na Justiça Federal. O principal fundamento dessa orientação é o fato de não haver como enquadrar tais fundações no art. 109 da Constituição Federal. Pensamos que, no âmbito doutrinário, a posição dos referidos administrativistas é, realmente, a mais defensável; entretanto, conforme procuramos demonstrar, nossa jurisprudência e nosso direito legislado não parecem adotá-la, seja por equipararem as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado às empresas públicas, seja, simplesmente, por não fazerem distinção entre fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e fundações públicas com personalidade jurídica de direito público.

objeto da entidade, isto é, à atividade que ela explora, para o fim de diferenciar o regime jurídico a que ela se sujeita.

Os estudiosos do direito público, de um modo geral, classificam as diferentes atividades desenvolvidas pelas pessoas públicas e privadas em:

- a) atividades **não econômicas**: são todas as atividades em que não há, ou não é cabível, a finalidade lucrativa; subdividem-se em:
 - a.1. **atividades exclusivas do Estado**: são aquelas que envolvem exercício do poder de império (poder extroverso), que exigem atuação fundada no poder de polícia, enfim, serviços públicos (em sentido amplo) que somente podem ser prestados por pessoas jurídicas de direito público (por exemplo, prestação jurisdicional, segurança pública, diplomacia, defesa das fronteiras nacionais);
 - a.2. **atividades de interesse social, sem intuito de lucro**: são atividades que podem ser exercidas pelo setor público (“Estado-providência” ou “Estado do bem-estar social”), visando a concretizar os direitos constitucionais sociais e as disposições inseridas no Título VIII da Carta Política (“Da Ordem Social”), ou pela iniciativa privada, sem fins lucrativos, em regra com incentivo do Estado, pelas entidades privadas beneficentes, filantrópicas ou, genericamente, pelos integrantes do denominado “terceiro setor” (são exemplos as atividades enquadradas no conceito de “assistência social”);
- b) atividades **econômicas em sentido amplo**: são todas as atividades que são exploradas, ou têm **potencial** para ser exploradas, com finalidade de lucro, segundo os princípios orientadores da atividade empresarial; subdividem-se em:
 - b.1. **atividades econômicas em sentido estrito**: são todas as atividades exploradas com finalidade de lucro, segundo os princípios orientadores da atividade empresarial, por organizações que possam adotar a estrutura própria de empresa (as atividades comerciais e industriais, bem como a prestação de serviços de natureza privada, abertos à livre iniciativa, são os principais exemplos); a Constituição da República reserva a exploração dessas atividades, como regra, aos particulares, hipótese em que estarão integralmente sujeitas ao regime de direito privado, especialmente à livre iniciativa e à livre concorrência; em caráter excepcional, o Estado pode desempenhar essas atividades (Estado-empresário), nos termos do art. 173 da Carta Política;
 - b.2. **serviços públicos passíveis de serem explorados com intuito de lucro**: são os serviços públicos (em sentido estrito) que têm possibilidade de ser explorados segundo os princípios norteadores da atividade empresarial e, portanto, podem – ou, ao menos em tese, poderiam – ser delegados a particulares mediante contratos de concessão ou permissão de serviços públicos (sua titularidade permanece, sempre, com o Poder Público); por serem

serviços públicos, mesmo que sejam explorados com intuito de lucro, estão sujeitos obrigatoriamente a regime jurídico de direito público, afastando-se, por exemplo, o princípio da livre iniciativa (são exemplos os serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de transportes coletivos).

Além dessas definições, é importante registrar que o nosso ordenamento jurídico dá relevância apenas ao **conceito formal de serviço público**, segundo o qual é serviço público qualquer atividade cuja prestação deva ser efetuada sob regime de direito público, por imposição constitucional ou legal.

Os serviços públicos (conceito formal) subdividem-se em:

- a) **serviços públicos em sentido amplo**: abrangem todas as atividades exercidas **pelo Estado** sob regime jurídico de **direito público** – as exclusivas do Estado, as atividades internas de uma repartição pública, as de interesse social, os serviços que poderiam ter sido delegados a particulares, mas estão sendo prestados de forma direta, inclusive mediante outorga, dentre outras – e as atividades exercidas **por particulares** sob regime de **direito público**, mediante delegação;
- b) **serviços públicos em sentido estrito**: restringem-se à prestação de utilidades ou comodidades diretamente fruíveis pelos integrantes da coletividade, realizada pela **Administração Direta**, pela **Administração Indireta** (outorga), ou, mediante delegação, por **particulares** (prestação indireta), obrigatoriamente sob regime de **direito público** (sua titularidade permanece, sempre, com o Poder Público); são passíveis – ao menos em tese – de exploração com **intuito de lucro**, por organizações que tenham possibilidade de atuar segundo os princípios norteadores da atividade empresarial (são uma espécie do gênero “atividade econômica em sentido amplo”).

Conforme veremos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, em regra, dedicam-se à exploração de atividades econômicas em sentido estrito, mas podem, também, atuar como prestadoras de serviços públicos em sentido estrito (prestação mediante outorga).

Nós tópicos seguintes, **sempre que utilizarmos a expressão “atividade econômica” (ou “domínio econômico”), sem qualificação, estaremos nos referindo a “atividade econômica em sentido estrito”**; a expressão “**serviço público**”, sem especificação, significará, invariavelmente, “**serviço público em sentido estrito**”. Não obstante essa convenção, em alguns casos explicitaremos os qualificativos, a fim de excluir qualquer possibilidade de dúvida.

4.6.3.2. Conceito

As empresas públicas e as sociedades de economia mista constam do DL nº 200/167 como integrantes da Administração Indireta federal desde a edição desse ato normativo. Nele, ambas são descritas como pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado como instrumento de sua atuação no domínio econômico, ou seja, foram elas originalmente concebidas para funcionar como braços do denominado Estado-empresário.

Vimos anteriormente que é consensual o entendimento de que a Constituição de 1988 estendeu a toda a Administração Pública brasileira a estrutura organizacional estabelecida pelo DL nº 200/1967 para a Administração Pública federal. Em razão dessa orientação, os contornos gerais das definições de empresas públicas e de sociedades de economia mista vazadas no DL nº 200/1967 (com a redação dada pelo DL nº 900/1969) – corrigidas algumas imprecisões e feitas as necessárias adaptações à Carta Política vigente – são atualmente aplicáveis a todos os entes federados.

Dessa forma, podemos conceituar **empresas públicas** como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, sob **qualquer forma jurídica** e com capital exclusivamente público, para a exploração de atividades econômicas ou para a prestação de serviços públicos.

De outra parte, é possível definir **sociedades de economia mista** como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, sob a forma de **sociedade anônima**, com participação obrigatória de capital privado e público, sendo da pessoa política instituidora ou de entidade da respectiva Administração Indireta o controle acionário, para a exploração de atividades econômicas ou para a prestação de serviços públicos.

Muito embora as empresas públicas e as sociedades de economia mista sejam categorias distintas de entidades, a verdade é que as diferenças entre elas são unicamente formais. Não há distinção quanto ao objeto, quanto às possíveis áreas de atuação. Cumpre observar que o DL nº 200/1967 somente menciona a criação dessas entidades “para a exploração de atividade econômica”. Também a Constituição Federal – tanto em sua redação original quanto na que lhe deu a EC nº 19/1998 – só se refere expressamente a empresas públicas e sociedades de economia mista “que explorem atividade econômica” (CF, art. 173).

Não obstante a constatação exposta no parágrafo anterior, a doutrina amplamente majoritária (e mesmo a jurisprudência) advoga que essas entidades podem dedicar-se à exploração de atividades econômicas em sentido estrito

ou à prestação de serviços públicos, sendo, entretanto, menos freqüente a última hipótese.

Resulta dessa orientação que a expressão “atividade econômica” utilizada no DL nº 200/1967 deve ser interpretada como “atividade econômica em sentido amplo”. Decorre, ainda, do entendimento de que há duas famílias de empresas públicas e sociedades de economia mista – a saber, a das exploradoras de atividades econômicas e a das prestadoras de serviços públicos – a conclusão de que o art. 173 da Constituição Federal somente se aplica à primeira. As prestadoras de serviços públicos são regidas essencialmente pelo art. 175 da Carta Política.

Em síntese, temos o seguinte:

- a) todas as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública Indireta;
- b) as empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o seu objeto, dividem-se em:
 - b.1. exploradoras de atividades econômicas;
 - b.2. prestadoras de serviços públicos;
- c) as entidades descritas no item b.1 enquadram-se no art. 173 da Constituição Federal, sendo a sua **atividade** regida predominantemente pelo direito privado;
- d) as entidades descritas no item b.2 enquadram-se no art. 175 da Constituição Federal, sendo a sua **atividade** regida predominantemente pelo direito público;
- e) conforme se verá adiante, os controles administrativos a que elas estão sujeitas (que decorrem de regras de direito público) são os mesmos, em qualquer caso.

São exemplos de empresas públicas: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT; Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO; Caixa Econômica Federal – CEF.

São exemplos notórios de sociedades de economia mista o Banco do Brasil S/A e a PETROBRAS S/A.

Finalizando este tópico, consideramos oportuno mencionar que há autores (e também algumas leis) que utilizam a expressão genérica “**empresas estatais**”, normalmente incluindo em seu âmbito todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, as respectivas subsidiárias e as demais empresas controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Não se trata, contudo, de expressão bem definida juridicamente; em alguns casos – por exemplo, quando o contexto estiver restrito à Administração Pública –, a expressão

“empresas estatais” poderá ser empregada como sinônimo de empresas públicas e sociedades de economia mista. Enfim, a nosso ver, é expressão que deve ser evitada, tendo em vista a imprecisão de seu conteúdo.

4.6.3.3. Criação

A criação de empresas públicas e sociedades de economia mista depende de autorização em lei específica, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/1998.

O ente federado deverá editar uma lei ordinária cujo conteúdo específico seja a autorização para a criação da entidade (a lei é específica quanto à matéria). Em verdade, essa lei já estabelece as diretrizes gerais relativas aos fins, às competências e à estrutura da entidade a ser criada.

Uma vez autorizada a criação, o Poder Executivo¹⁰ elabora os atos constitutivos e providencia sua inscrição no registro público competente (registro civil das pessoas jurídicas ou registro público de empresas mercantis, conforme o caso). A criação da entidade, ou seja, a aquisição da personalidade jurídica, somente ocorre com o registro.

Normalmente os atos constitutivos da entidade são veiculados em um decreto; essa providência visa a atender ao princípio da publicidade, porém, vale repetir, não é a publicação do decreto que dá nascimento à entidade, é a inscrição dos atos constitutivos no registro público, da mesma forma que ocorre com qualquer pessoa privada.

É importante observar que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista pelo Estado não é livre.

Isso porque, se o objeto da entidade for exploração de atividade econômica (produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços de natureza privada), deverá ser observada a restrição prescrita no *caput* do art. 173 da Carta Política.

Com efeito, a Constituição de 1988 – assim como acontecia no ordenamento constitucional pretérito – reserva a exploração de atividade econômica em sentido estrito à iniciativa privada, ao “segundo setor”, ao denominado “mercado”. A atuação do Poder Público como Estado-empresário é excepcional, só admissível “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173, *caput*). Logo, a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica só pode ocorrer “quando necessária aos

¹⁰ Supondo tratar-se de entidade vinculada ao Poder Executivo, o que se dá na quase totalidade dos casos.

imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

De outra parte, se a hipótese for de criação de uma empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, seu objeto somente poderá ser um serviço público que não seja exclusivo de Estado e que tenha natureza econômica em sentido amplo.

Na esfera federal, a lei específica que autorize a criação de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista deve ser de iniciativa privativa do Presidente da República, em face do disposto no art. 61, § 1º, II, “e”, da Carta da República. Essa regra – reserva de iniciativa para o projeto de lei acerca da criação da entidade vinculada ao Poder Executivo – é aplicável também aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, adequando-se a iniciativa privativa, conforme o caso, ao Governador e ao Prefeito.

A extinção de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista é feita pelo Poder Executivo, mas dependerá, também, de lei autorizadora específica, em respeito ao princípio da simetria das formas jurídicas. A iniciativa dessa lei é, igualmente, privativa do Chefe do Poder Executivo.

Impende ressaltar, todavia, a hipótese – ao menos teoricamente possível – de criação ou extinção de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista vinculada ao Poder Legislativo, ou vinculada ao Poder Judiciário. Nesses casos, a iniciativa da lei respectiva **não** será, evidentemente, do Chefe do Poder Executivo, mas sim do respectivo Poder a que esteja vinculada a entidade.

A criação de subsidiárias pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como sua participação em empresas privadas, depende de autorização legislativa (CF, art. 37, XX). No julgamento da ADI 1.649/DF o Supremo Tribunal Federal deixou assente que “é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora”.

Por outras palavras, a Corte Máxima afastou a necessidade de edição de uma lei a cada vez que se pretendesse criar uma subsidiária de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, considerando suficiente a existência de um dispositivo genérico, na própria lei que autorizou a criação da entidade, facultando a criação de subsidiárias desta.

4.6.3.4. Objeto

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas principalmente com o objetivo de permitir ao Estado a exploração de ativi-

dades econômicas em sentido estrito. São instrumentos de atuação do Estado no domínio econômico, não no seu papel ordinário de “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174, *caput*), mas na condição excepcional de agente econômico (Estado-empresário).

Consoante exposto anteriormente, essa atuação do Estado como agente econômico só é admitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CF, art. 173, *caput*). Por essa razão, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas só poderão ser criadas nessas situações restritas.

Por outro lado, conquanto seja certo que a regra geral é as entidades em foco serem criadas para explorar atividades econômicas, admite-se, também, a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista cujo objeto seja a prestação de serviços públicos.

Não é qualquer serviço público que pode ser objeto dessas entidades, contudo. Os serviços exclusivos de Estado, que envolvam exercício do poder de império, que exijam atuação fundada no poder de polícia, enfim, serviços públicos que somente pessoas jurídicas de direito público têm aptidão para prestar não podem ser objeto de empresas públicas e sociedades de economia mista.

De um modo geral, costuma-se afirmar que tais entidades podem prestar aqueles serviços públicos que se enquadram no conceito de atividade econômica em sentido amplo, que têm potencial para ser explorados com intuito de lucro, segundo os princípios orientadores da atividade empresarial, que poderiam, por isso – ao menos teoricamente –, ser delegados para a prestação por particulares, mediante contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

Finalizando, é oportuno reiterar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista sempre têm personalidade jurídica de direito privado, qualquer que seja o seu objeto.

4.6.3.5. Regime jurídico

4.6.3.5.1. Sujeição ao direito privado e ao direito público

As empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades de natureza híbrida. Formalmente, são pessoas jurídicas de direito privado. Entretanto, nenhuma dessas entidades atua integralmente sob regência do direito privado.

Como veremos, as empresas públicas e sociedades de economia mista têm seu regime jurídico determinado, em larga medida, pela natureza de seu objeto, de suas atividades-fim.

As empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na exploração de atividades econômicas (de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços de natureza privada) são as entidades que, embora integrantes da Administração Pública em sentido formal, mais se aproximam das pessoas privadas. Somente se submetem a preceitos de direito público expressos no próprio texto constitucional, ou em leis administrativas, desde que, nesse caso, sejam derivados de normas constitucionais explícitas ou implícitas.

As empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, embora sejam, também, pessoas jurídicas de direito privado, estão sujeitas a diversas regras e princípios de direito público, especialmente como decorrência do postulado da continuidade dos serviços públicos.

Em face dessa dualidade de atividades desempenhadas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista (exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos), temos regimes jurídicos distintos, a saber:

- a) aquelas que se dedicam à exploração de atividades econômicas sujeitam-se predominantemente, sobretudo no exercício de suas atividades-fim, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173 da Constituição Federal;
- b) aquelas que se dedicam à prestação de serviços públicos sujeitam-se predominantemente, sobretudo no exercício de suas atividades-fim, ao regime jurídico de direito público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

A redação dada ao art. 173 da Constituição pela EC nº 19/1998 confirma essa orientação. Com efeito, o atual § 1º desse artigo refere-se a empresas públicas e sociedades de economia mista “que explorem atividade econômica”.

Ora, se a Carta Política fala em empresas públicas e sociedades de economia mista **que explorem** atividade econômica (em sentido estrito), resulta literal a existência – ao menos potencial – de outras, que explorem atividades de outra natureza. São estas exatamente as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, atividade regida pelo art. 175 da Constituição – e **não** pelo art. 173, cujo âmbito de incidência é, exclusivamente, o das atividades econômicas em sentido estrito.

Em qualquer caso, cabe repetir, nenhuma dessas entidades está sujeita só a normas de direito privado ou só a normas de direito público. Tanto às exploradoras de atividades econômicas quanto às prestadoras de serviços públicos aplicam-se preceitos de ambos os ramos do direito, predominando um ou outro conforme o objeto da pessoa jurídica. Ressalte-se, por fim, que os controles a que elas se submetem são os mesmos, e decorrem de normas de direito público, uma vez que, formalmente, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista são integrantes da Administração Pública brasileira.

4.6.3.5.2. Controle

Por serem as empresas públicas e sociedades de economia mista entidades formalmente integrantes da Administração Indireta, estão sujeitas, em linhas gerais, aos mesmos instrumentos de controle administrativo a todas aplicáveis. Esses controles administrativos estão estabelecidos em normas de direito público e incidem tanto sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas quanto sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Não há hierarquia entre a entidade e a pessoa política que a criou. A relação entre uma empresa pública ou sociedade de economia mista e a Administração Direta da pessoa política instituidora é de **vinculação** administrativa (e **não** de subordinação). O controle que decorre desse tipo de relação é o denominado **controle finalístico** ou **tutela administrativa** ou **supervisão**.

Tendo em conta a inexistência de hierarquia, o exercício do controle finalístico pressupõe expressa previsão legal, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela). Essa é a diferença fundamental entre o controle hierárquico e a mera supervisão: aquele é presumido e permanente, independe de expressa previsão legal e abrange todos os aspectos da atuação do órgão subordinado controlado; este exige lei que expressamente estabeleça os termos e limites do controle.

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, a supervisão, ou tutela, visa a assegurar que a entidade controlada esteja atuando em conformidade com os fins que a lei instituidora lhe impôs, esteja atuando segundo a finalidade para cuja persecução foi criada – por isso, controle **finalístico**. É um controle que deve se concentrar, essencialmente, na verificação do atingimento de resultados, pertinentes ao objeto da entidade. Não impede ele que a entidade atue com **autonomia administrativa**.

É oportuno registrar que, sem prejuízo desse controle finalístico, previsto em lei, as empresas públicas e sociedades de economia mista – bem

como as demais entidades da Administração Indireta, e mesmo os órgãos da Administração Direta – têm a possibilidade de ampliar sua **autonomia** gerencial, orçamentária e financeira, mediante a celebração de **contrato de gestão** com o Poder Público, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal. Esses contratos de gestão têm por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos prazos estipulados, fazendo jus, em contrapartida, à mencionada ampliação de autonomia. O atingimento das metas estabelecidas será aferido pelo Poder Público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descritos no próprio contrato de gestão.

Ressalte-se que não existe a previsão, em nosso ordenamento jurídico, de atribuição de alguma qualificação especial para as empresas públicas e sociedades de economia mista que firmem com o Poder Público o contrato de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Carta Política. A elas **não se aplica** a qualificação de **agências executivas**, disciplinada na Lei nº 9.649/1998; tal qualificação é **exclusiva** para autarquias e fundações públicas que celebrem o citado contrato de gestão.

Quanto aos controles exercidos pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, não há peculiaridades. Registramos – embora hoje o interesse seja somente histórico – que, durante um curto período, o Supremo Tribunal Federal entendeu inaplicável a figura da denominada “tomada de contas especial” (CF, art. 71, II, parte final), pelos **tribunais de contas**, às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas. Essa orientação foi estabelecida no julgamento dos MS 23.627/DF e 23.875/DF e durou de março de 2002 a novembro de 2005.

A mudança jurisprudencial ocorreu em 10 de novembro de 2005, no julgamento dos MS 25.092/DF e 25.181/DF, quando se definiu o entendimento, **atualmente em vigor**, segundo o qual toda e **qualquer entidade da Administração Indireta, não importa o seu objeto**, nem sua forma jurídica, **sujeita-se integralmente ao inciso II do art. 71 da Constituição**, inclusive à sua parte final, que trata do instituto da **tomada de contas especial**, aplicável a quem dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

4.6.3.5.3. Estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas

O § 1º do art. 173 da Carta Política, com a redação dada pela EC nº 19/1998, prevê a edição de um estatuto para disciplinar, quanto a seus aspectos gerais, o regime jurídico, a estrutura e o funcionamento das empresas públi-

cas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas; o próprio texto constitucional, desde logo, aponta as matérias que deverão ser tratadas e estabelece um mínimo de diretrizes a serem observadas pelo legislador. É importante frisar que esse estatuto deverá ser uma lei (ordinária) de caráter nacional, isto é, editada pela União e obrigatória para todos os entes federados. É a seguinte a redação do dispositivo em comento:

“§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

Ponto importante a ressaltar concerne à abrangência desse dispositivo. A determinação desse ponto exige que se tenha em conta que todo o art. 173 da Constituição diz respeito ao exercício de atividades econômicas em sentido estrito. Isso porque somente a exploração destas é que tem caráter excepcional para o Estado; não é excepcional, de modo algum, a prestação de serviços públicos pelo Poder Público, ainda que se trate de serviço público classificado como atividade econômica em sentido amplo.

Ora, o *caput* do art. 173 da Carta Política afirma que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Salta aos olhos que a exploração direta referida é a de atividade econômica em sentido estrito, haja vista que, logo em seguida, no art. 175, o texto constitucional assevera, sem qualquer distinção, que “incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos”.

Assim sendo, não pode ser considerada “excepcional” a prestação pelo Estado de serviço público, seja qual for a sua natureza, o que leva à conclusão de que o art. 173 da Constituição Federal não alcança nenhum serviço público, nem mesmo os que tenham natureza econômica em sentido amplo.

Segundo a literalidade do § 1º do art. 173, suas disposições aplicam-se às empresas públicas e sociedades de economia mista:

- a) “que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens”; e
- b) “que explorem atividade econômica de prestação de serviços”.

Decorre do que foi exposto anteriormente que os “serviços” acima referidos são os de natureza privada, que representem atividade econômica em sentido estrito, não enquadrados como “serviços públicos”, evidentemente, uma vez que todo o art. 173 refere-se à atuação do Estado no domínio econômico em sentido estrito.

Na supratranscrita enumeração de matérias que o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas deverá disciplinar, merece atenção a sujeição dessas entidades ao regime próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II).

O evidente intuito desse comando é assegurar que todas as empresas que atuam no “mercado”, isto é, no domínio econômico em sentido estrito, tenham iguais condições de operação, em atenção ao postulado expresso da livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica brasileira (CF, art. 170, IV).

Não obstante a redação categórica do inciso II do § 1º do art. 173, é evidente que sua interpretação demanda a análise da Constituição Federal como um todo.

Dessarte, muito embora esteja afirmado que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, essa regra não afasta derrogações do direito privado por preceitos de direito público expressos no próprio texto constitucional – ou mesmo em leis administrativas, desde que derivados de normas constitucionais explícitas ou implícitas.

Simplificadamente, pode-se afirmar que todas as normas constitucionais endereçadas, sem qualquer ressalva, à “Administração Pública”, ou à “Administração Indireta”, alcançam as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, apesar de o inciso II do § 1º do art. 173 da Constituição afirmar que elas estão sujeitas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”. Citamos como exemplo dos mais marcantes a exigência de que essas entidades contratem pessoal permanente mediante concurso público (CF, art. 37, II).

Enfim, essas entidades, para sermos precisos, estão sujeitas **predominantemente** ao regime jurídico de direito privado.

4.6.3.5.4. Prestação de serviço público mediante outorga

As empresas públicas e as sociedades de economia mista sempre têm sua criação autorizada em lei. A lei autorizadora já contém em seu texto o rol de competências que a entidade poderá exercer, quando for criada. Dessa forma, caso se trate de uma entidade cujo objeto autorizado seja a prestação de um serviço público, a própria lei, desde logo, atribui a ela competência para a prestação desse serviço público.

Conforme foi exposto em tópico precedente, perfilhamos a corrente doutrinária para a qual todas as atribuições de competências que decorram de lei implicam transferência da própria titularidade da competência transferida, e não de seu mero exercício. Denominamos **outorga** essa forma de atribuição de competência que decorre de lei e que, por isso mesmo, segundo pensamos, transfere a sua titularidade.

Enfatizamos que o nome não é relevante. Alguns autores utilizam a expressão “delegação legal” para descrever o que chamamos de outorga. Outros reservam o vocábulo “outorga” para a transferência de competências a pessoas jurídicas de direito público e empregam a expressão “delegação legal” quando o destinatário da transferência de atribuição é uma empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública com personalidade jurídica de direito privado.

Qualquer que seja a expressão escolhida, importante é reconhecer que a outorga, pelo fato de pressupor uma lei, sempre transfere a titularidade do serviço público – interessam-nos, neste tópico, as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

A consequência desse entendimento – que não é consensual na doutrina – é tornar-se despropositado cogitar celebração de contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público.

Demonstra a plausibilidade do que vimos de afirmar o fato de a Constituição Federal, no seu art. 175, peremptoriamente asseverar que a prestação de serviços públicos “sob regime de concessão ou permissão” deve ser feita “**sempre** através de licitação”.

Ora, seria fácil chegar a uma situação absurda: imagine-se que uma lei federal autorize a criação da empresa pública ALFA para a prestação do serviço público “X”, de competência da União. Suponha-se que fosse obrigatória a celebração de contrato de concessão para que ALFA pudesse prestar o serviço público “X”. O que ocorreria com ALFA, se ela não se sagra-se vencedora no inafastável procedimento licitatório prévio? Seria extinta “de pleno direito”? Ficaria “inativa”, aguardando, durante alguns anos, uma nova

concessão para aquele serviço, ou o término da concessão que não logrou obter, para tentar de novo, em outra licitação?

Parecem-nos absurdas essas hipóteses. Pensamos que a circunstância de a lei autorizadora da criação da entidade atribuir a ela a competência para a prestação do serviço público transfere a ela a titularidade desse serviço, o que torna inteiramente descabido falar em concessão ou permissão.

Fora os problemas apontados acima, que ocorreriam se a entidade não vencesse a licitação, mister é indagar, ainda, a razão que justificaria a necessidade de **dois** instrumentos, distintos e redundantes, de atribuição de competência à entidade: a lei e o contrato de concessão ou permissão. Note-se que para a transferência da mera execução da prestação de um serviço público a um particular basta um instrumento: o contrato de concessão ou permissão!

Alguns autores não aceitam a possibilidade de uma pessoa jurídica de direito privado ser titular de um serviço público. A nosso ver, essa posição manifesta um excessivo apego a formalismos, desconsiderando o ponto que pensamos ser realmente relevante: a competência para a prestação do serviço público por uma empresa pública ou sociedade de economia mista é atribuída por **lei**!

Em síntese, entendemos que as empresas públicas e sociedades de economia mista cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público prestam-no como titulares; receberam da lei o serviço, por outorga; não são, nem podem ser, concessionárias ou permissionárias desse mesmo serviço.

Sabemos que existem inúmeras distorções, especialmente em estados e municípios. Casos em que empresas públicas e sociedades de economia são intituladas concessionárias, podendo até ter um instrumento qualquer chamado de “concessão”, porém obtido sem licitação, ou sem que tenha prazo determinado, enfim, a existência de variados descabimentos não infirma, segundo entendemos, a orientação que defendemos neste tópico.

Uma última observação merece ser aduzida.

Na hipótese de uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista prestar serviço público da competência de uma pessoa política distinta do ente federado que a criou, evidentemente não cabe falar em outorga para a prestação desse serviço do outro ente federado. Nessa situação, a entidade terá que vencer uma licitação e, então, celebrar o contrato de concessão ou permissão de serviço público com a pessoa política concedente.

Exemplificando, imagine-se que o município “X” criou a empresa pública BETA para a prestação do serviço de coleta de lixo urbano. A lei autorizadora, além de atribuir a BETA, por outorga, a competência do município “X”

para o serviço de coleta de lixo, autorizou BETA a prestar serviço público de coleta de lixo para outros municípios.

Nessa situação, na coleta de lixo que BETA exercerá por outorga, como titular do serviço do próprio município “X”, descabe pensar em concessão ou permissão. Entretanto, se BETA quiser prestar o serviço público de coleta de lixo do município “Y”, terá que se sagrar vencedora em uma licitação promovida pelo município “Y”, concorrendo em pé de igualdade com todos os outros licitantes, particulares que pretendam obter a concessão do serviço. Se BETA vencer a licitação, deverá celebrar um contrato de concessão com o município “Y”, e receberá a mera execução do serviço (não a sua titularidade, em hipótese alguma!), durante o prazo que durar o contrato de concessão.

Como se vê, até é possível, de forma legítima, uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista ser concessionária ou permissionária em sentido tecnicamente preciso, desde que **não** se trate de serviço público de competência da própria pessoa política instituidora, que a empresa pública ou uma sociedade de economia mista tenha recebido por outorga, da lei que autorizou a sua criação.

4.6.3.5.5. Benefícios fiscais

O § 2º do art. 173 da Constituição Federal estatui, literalmente:

“§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

A doutrina é bastante uniforme ao apontar como o fundamento do dispositivo transcrito o princípio da livre concorrência.

Conquanto ele não faça qualquer referência ao objeto das entidades a que se refere, é amplamente majoritário o entendimento de que a vedação alcança somente as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, e não as prestadoras de serviços públicos.

Isso porque o *caput* do art. 173 da Constituição Federal trata especificamente da atuação do Estado no domínio econômico em sentido estrito, sendo incontroversa a sua inaplicabilidade à prestação de serviços públicos quaisquer, conforme foi explicado em item precedente. Ora, um parágrafo não pode disciplinar matéria estranha à versada no artigo em que está inserido. Logo, o § 2º do art. 173 da Carta Política só diz respeito ao exercício de atividades econômicas em sentido estrito.

Então, lendo novamente o dispositivo em foco deflui que **vedada** é a concessão de benefícios fiscais **exclusivos** para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades **econômicas**. É oportuno atentar que essas entidades **podem** gozar de privilégios fiscais, **desde que** eles sejam concedidos de maneira uniforme a elas e às empresas privadas.

Por outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia prestadoras de **serviços públicos não** estão sujeitas a essa vedação do § 2º do art. 173, ou seja, desde que observados os princípios constitucionais pertinentes, pode o legislador conceder-lhes benefícios fiscais exclusivos.

Alguns autores ponderam, ainda, que, em tese, seria legítimo um benefício fiscal exclusivo concedido a uma empresa pública ou sociedade de economia mista que explore atividade econômica em regime de **monopólio**. Isso porque não existe qualquer ameaça ao princípio da livre concorrência, nessa hipótese. Concordamos com essa orientação. A rigor, segundo pensamos, no caso de uma empresa monopolista, nem mesmo haveria como cogitar a incidência da vedação do § 2º do art. 173 da Constituição, pela simples impossibilidade de o privilégio fiscal a ela concedido ser “extensivo” às demais (inexistentes) empresas privadas!

4.6.3.5.6. Imunidade tributária

Especialmente digno de nota é o entendimento, a nosso ver já consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da aplicabilidade da denominada “imunidade tributária recíproca” a empresas públicas e sociedades de economia mista.

A referida limitação à competência tributária, vazada no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, veda que os entes federados instituem impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”. No § 2º do mesmo artigo, essa imunidade tributária é estendida, literalmente, “às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

Em que pese a literalidade do citado § 2º do art. 150 – que alude, tão-somente, a autarquias e fundações públicas – nossa Corte Constitucional, em diversos julgados, decidiu que as empresas públicas e sociedades de economia mista **que prestem serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado** fazem jus à “imunidade tributária recíproca”. Essa orientação – algo surpreendente – reforçou sobremaneira a constatação de que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas a regimes jurídicos significativamente distintos, conforme o seu objeto.

O reconhecimento do direito à imunidade em foco ocorreu pela primeira vez em um julgado envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública federal (RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 22.06.2004). O voto condutor deixou patente que o do Supremo Tribunal Federal estava equiparando essa entidade – ao menos para efeito tributário – às autarquias, desprezando o fato de sua forma jurídica ser a de empresa pública e atribuindo relevância apenas à natureza de seu objeto: prestação de serviço público. Em razão da importância desse julgado, transcrevem-se trechos do voto mencionado (grifamos):

“Examinemos o recurso no que diz respeito à imunidade tributária do art. 150, VI, ‘a’, da C.F. No que concerne à **distinção** que deve ser feita, relativamente às **empresas públicas** que exercem **atividade empresarial** das **empresas públicas prestadoras de serviço**, reporto-me ao voto que proferi por ocasião do julgamento do RE 230.072/RS: ‘(...) Srs. Ministros, o meu entendimento, que vem de longe, mencionado, aliás, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, é no sentido de **distinguir empresa pública que presta serviço público de empresa pública que exerce atividade econômica, atividade empresarial, concorrendo com empresas privadas**. A primeira, sempre sustentei, **tem natureza jurídica de autarquia**. (...) Visualizada a questão do modo acima – fazendo-se a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público – não tenho dúvida em afirmar que a ECT **está abrangida pela imunidade tributária recíproca** (CF, art. 150, VI, ‘a’), ainda mais se considerarmos que **presta ela serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, que é o serviço postal, CF, art. 21, X (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 636).”

É relevante registrar que, posteriormente, nossa Corte Suprema proferiu diversas decisões com a mesma orientação, sempre conferindo relevância ao fato de a entidade ser prestadora de serviços públicos (RE 354.897/RS; RE 398.630/SP; ACO-AgR 765/RJ; ACO 1.095/GO; AC 1.550/RO; RE-AgR 363.412/BA). Algumas decisões envolveram novamente a ECT, mas foram também objeto de arestos na mesma linha pelo menos uma sociedade de economia mista estadual (Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia – CA-ERD) e a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, empresa pública federal.

Cumpra notar que, na maior parte dos julgados, o STF referiu-se ao objeto das entidades como “serviços públicos de prestação obrigatória pelo

Estado”, expressão que, embora um tanto ambígua, poderia ser interpretada como “serviços públicos não passíveis de delegação a particulares”. Ao tratar da situação da INFRAERO, a Corte Maior mencionou como reforço o fato de ela atuar em regime de monopólio. Em que pesem essas constatações, nossa opinião é que, atualmente, os precedentes acima citados vêm sendo invocados de forma tão genérica pelo Pretório Excelso que o único ponto realmente relevante, sempre presente, tem sido o fato de o objeto da entidade ser a prestação de um serviço público – e não a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

Assim, pensamos poder concluir, atualmente, que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária recíproca, de que tratam o art. 150, VI, “a”, e seu § 2º, da Constituição Federal, **alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos**, enquadradas no art. 175 da Carta Política. Em nenhuma hipótese essa orientação é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de **atividades econômicas** em sentido estrito, de que trata o art. 173 do Texto Magno.

4.6.3.5.7. Licitação

Conquanto o art. 173, § 1º, II, da Constituição, assevere cabalmente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a verdade é que essas entidades, como regra, permanecem obrigadas à licitação.

É certo, vale frisar, que nossa jurisprudência está firmada, de um modo geral, pela **inaplicabilidade do instituto da licitação** aos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, quando o objeto desses contratos estiver **diretamente** relacionado à **atividade-fim**, econômica, da entidade. Por exemplo, seria despropositado cogitar que a PETROBRAS fosse obrigada a licitar cada vez que pretendesse celebrar um contrato de venda de petróleo; ou que o Banco do Brasil tivesse que selecionar seus clientes, para assinatura de contratos de abertura de contas correntes, mediante procedimento licitatório!

Aliás, no seu art. 17, II, “e”, a Lei nº 8.666/1993, desde logo, estabelece como hipótese de **licitação dispensada** a “venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, **em virtude de suas finalidades**”. Esse dispositivo afasta qualquer controvérsia que se pudesse aventar quanto ao cabimento de licitação nos contratos relativos às atividades-fim de entidades econômicas quaisquer, pelo menos quanto aos

contratos de vendas. Ficaram de fora da norma legal, a rigor, os contratos de prestação de serviços econômicos, mas estes, conforme antes explicado, são também considerados não sujeitos a licitação, por força de entendimento jurisprudencial já consagrado.

No que concerne aos contratos relacionados a todas as **atividades-meio**, ou a quaisquer outros **não vinculados** diretamente às **finalidades da entidade econômica**, permanece a exigência de licitação.

O que a EC nº 19/1998 trouxe foi a possibilidade de o legislador estabelecer um regime específico de licitações para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas (CF, art. 173, § 1º, III). Esse regime estará previsto no estatuto próprio dessas entidades – lei de normas gerais, de caráter nacional, a ser editada pela União – e será, evidentemente, distinto do estabelecido pela Lei nº 8.666/1993, **atualmente** aplicável a **toda a Administração Pública**, Direta e Indireta.

Sem dúvida, o intuito do legislador constituinte derivado foi possibilitar que essas empresas, atuantes no domínio econômico em sentido estrito, tenham um regime de licitações mais flexível, com atenuação do rigor das condições impostas pela Lei nº 8.666/1993. Com efeito, por operarem em concorrência com o setor privado, necessitam elas, mesmo no que respeita a suas atividades-meio, de procedimentos mais simplificados, desburocratizados, rápidos, que lhes permitam competir no mercado.

Note-se que não se trata de liberá-las por completo da exigência de licitação, ou da observância dos princípios gerais da Administração Pública, mas, sim, de dotá-las de regime especial de licitação, mais simples, dinâmico e compatível com o desempenho de atividade econômica. O estatuto não poderá suprimir totalmente a exigência de licitação, mas, tão-somente, quando esta for cabível, estabelecer modalidades e procedimentos licitatórios mais ágeis, sumários, dinâmicos, que assegurem a competitividade ante as empresas do setor privado, desde que observados os princípios da Administração Pública.

É importante enfatizar que, hoje, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista continuam sujeitas ao regime de licitação – quando esta é cabível, evidentemente – previsto na Lei nº 8.666/1993, até que venha a ser estabelecido, mediante lei da União, o estatuto das que exploram atividade econômica em sentido estrito. No futuro, quando for editado o referido estatuto, haverá dois regimes de licitação: um mais rigoroso, formalista e burocrático, destinado à Administração Direta, às autarquias, às fundações públicas e às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos; outro mais singelo, flexível, dinâmico, para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, inclusive suas subsidiárias, que exploram atividades econômicas.

4.6.3.5.8. Responsabilidade civil

Um ponto relevante a ressaltar acerca da regra geral de sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas ao regime próprio das empresas privadas – especialmente no que se refere às obrigações civis – é que elas não estão sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade civil objetiva).

Há consenso quanto a esse entendimento, não só em razão do disposto § 1º do art. 173 da Carta Política, mas também, e até mais diretamente, pela literalidade do próprio art. 37, § 6º, da Constituição.

Com efeito, o último dispositivo citado atribui responsabilidade civil objetiva às “pessoas jurídicas de direito público” e às “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” pelos danos que seus agentes, atuando nesta qualidade, causem a terceiros.

Como se vê, a regra constitucional abrange todas as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, inclusive as não integrantes da Administração Pública que os prestem por delegação – concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos. Evidentemente, incluídas estão na regra de responsabilidade objetiva, também, as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Por outro lado, estão excluídas da regra de responsabilidade extracontratual objetiva as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial.

4.6.3.5.9. Falência

Cumpramos analisar um outro aspecto importante concernente à abrangência da disposição constitucional que sujeita, como regra, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas ao regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, II).

A doutrina administrativista, majoritariamente, defendia a possibilidade de ser decretada a falência das empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras de atividade econômica**. Diferentemente, razoável consenso havia quanto à impossibilidade de falência das empresas públicas e sociedades de economia mista **prestadoras de serviços públicos**, em virtude do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Essa tese, a nosso ver, é de todo consentânea com o disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, sobretudo porque ele expressamente

sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas quanto aos **direitos e obrigações comerciais**. Pensamos ser muito difícil compatibilizar essa disposição com a idéia de vedação de falência dessas entidades.

Ocorre que, a despeito do expendido no parágrafo precedente, a Lei nº 11.101/2005 (lei geral, de caráter nacional, conhecida como “Lei de Falências”), em seu art. 2º, I, sem fazer qualquer distinção quanto ao objeto da entidade, estatui, de forma categórica: “Esta Lei não se aplica à empresa pública e sociedade de economia mista.”

A nosso ver, enquanto não sobrevier eventual interpretação do Supremo Tribunal Federal restringindo a aplicação desse dispositivo, está inteiramente superada a posição doutrinária acima mencionada. Vale dizer, atualmente, **empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja o seu objeto, não estão sujeitas à falência, não podem falir.**

4.6.3.5.10. Pessoal

O regime de emprego público é próprio das entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado. Todavia, exatamente pelo fato de as empresas públicas e sociedades de economia mista integrarem formalmente a Administração Pública, aplicam-se às relações entre elas e seu pessoal algumas normas de direito público, no mais das vezes previstas desde logo na Constituição Federal. Aliás, é importante ressaltar, o regime jurídico desses empregados públicos é o mesmo, seja quando a entidade tem como objeto a prestação de serviços públicos, seja quando se dedique a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

Merece menção, em primeiro lugar, a exigência de contratação mediante concurso público. Com efeito, o inciso II do art. 37 da Carta Política exige que não só cargos, mas também **empregos públicos** sejam preenchidos mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Isso não significa que os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista adquiram a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição; eles ingressam mediante concurso público, mas não adquirem estabilidade no serviço público, podendo, em tese, ser dispensados nos termos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Cabe referir, também, que o pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista está sujeito à vedação de acumulação remunerada de seu emprego com cargos, empregos e funções públicos, ressalvadas as hipóteses admitidas no próprio texto constitucional (CF, art. 37, XVI e XVII).

Ainda, a remuneração paga pelas entidades em foco pode sofrer restrições. Deveras, a Constituição Federal determina que o teto de remuneração do serviço público – estabelecido no seu art. 37, XI – é aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 9º). Note-se que as entidades que não recebam recursos para essas finalidades não se submetem ao teto de remuneração.

Os conflitos decorrentes da relação de trabalho, envolvendo os empregados públicos e as empresas públicas e sociedades de economia mista, são julgados pela Justiça do Trabalho (CF, art. 114).

O pessoal dessas entidades, assim como quaisquer empregados públicos, está sujeito ao regime geral de previdência social – RGPS (CF, art. 40, § 13).

Por fim, cumpre registrar que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista são equiparados a funcionários públicos para fins penais (Código Penal, art. 327, § 1º). Ademais, seus atos podem ser enquadrados como atos de improbidade administrativa, sujeitando-os às diversas sanções previstas na Lei nº 8.429/1992.

4.6.3.5.11. Dirigentes

Os dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista são investidos em seus cargos na forma que a lei ou seus estatutos estabelecerem. Quando se trata de entidade vinculada ao Poder Executivo – situação verificada, se não sempre, na esmagadora maioria dos casos –, a nomeação do dirigente compete ao Chefe desse Poder. Na hipótese – ao menos teórica – de ser uma entidade vinculada ao Legislativo ou ao Judiciário, deverá estar designada na lei ou nos estatutos da entidade a autoridade competente para a nomeação de seus dirigentes.

Os dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista estão sujeitos ao mandado de segurança caso exerçam funções delegadas do Poder Público (CF, art. 5º, LXIX), à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), à ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, arts. 1º e 2º) e à ação penal por crimes praticados contra a Administração Pública (Código Penal, art. 327).

É relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que não é válida a exigência de prévia aprovação do Poder Legislativo para a nomeação de dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista pelo Chefe do Poder Executivo, diferentemente do que ocorre quando se trata de autarquias ou fundações públicas, para as quais a imposição de

tal condição é plenamente constitucional. No julgamento da ADIMC 2.225/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 29.06.2000, o Pretório Excelso assim expôs sua posição (grifamos):

“À vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, ‘f’ da Constituição Federal, consolidou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade de normas locais que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação da Assembléia Legislativa.

Diversamente, contudo, atento ao art. 173 da Constituição, **propende o Tribunal a reputar ilegítima a mesma intervenção parlamentar no processo de provimento da direção das entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista da administração indireta dos Estados.**”

Observa-se, da leitura da ementa acima transcrita, que nossa Corte Suprema fundamentou seu entendimento no art. 173 da Constituição. Vimos anteriormente que esse dispositivo trata da atuação do Estado como agente econômico, em atividades econômicas em sentido estrito. Não se aplica aos serviços públicos, que são regidos pelo art. 175 da Carta Política.

Embora no julgado em comento não tenha sido feita, em momento algum, distinção expressa entre empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos, só com base nele não se podia, com certeza, afirmar qual seria a posição do Supremo Tribunal Federal quanto a essas últimas.

Em abril de 2008 a questão foi resolvida. Com efeito, no julgamento da ADI 1.642/MG, a Corte Máxima decidiu que a previsão legal de exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para a nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista é **inconstitucional tanto para as exploradoras de atividades econômicas quanto para as prestadoras de serviços públicos**. Conforme noticiado no Informativo 500 do STF, “considerou-se que, embora as sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviço público não estejam alcançadas pelo disposto no art. 173 e seus parágrafos, da CF, a intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento de suas diretorias afronta o princípio da harmonia e independência entre os poderes” (ADI 1.642/MG, rel. Min. Eros Grau, 03.04.2008). Impende notar que se trata de decisão de mérito (e não mero provimento liminar) do Plenário do Supremo Tribunal Federal, adotada por unanimidade.

4.6.3.5.12. Bens

Embora exista alguma divergência doutrinária, perfilhamos a orientação – majoritária, segundo pensamos – de que somente são bens públicos os bens das pessoas jurídicas de direito público.

Assim sendo, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente do objeto da entidade, **não são bens públicos**. Portanto, não estão sujeitos, em princípio, ao regime jurídico dos bens públicos, traduzido essencialmente na exigência de autorização legal para sua alienação, na impenhorabilidade, na impossibilidade de serem usucapidos e na vedação de que sejam gravados com ônus reais.

Utilizamos no parágrafo acima a expressão “em princípio” porque, embora seja certo que os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista não se classificam como bens públicos, o regime jurídico a eles aplicável pode, em algumas situações, assemelhar-se ao regime jurídico dos bens públicos.

Com efeito, no caso específico das empresas públicas e sociedades de economia mista **prestadoras de serviços públicos**, os bens que estejam sendo diretamente empregados na prestação do serviço público sofrem restrições, a exemplo da impenhorabilidade, impostas em atenção ao princípio da continuidade dos serviços públicos. Note-se que não é a natureza do bem em si que é levada em consideração; o regime jurídico assemelhado ao dos bens públicos é conferido em função, exclusivamente, da destinação específica do bem, e só existe enquanto esta durar, vale dizer, enquanto o bem estiver sendo diretamente empregado na prestação do serviço público.

Em suma, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista não são bens públicos. Especificamente no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, os bens que estejam sendo diretamente empregados na prestação do serviço público sujeitam-se a restrições similares às que decorrem do regime jurídico dos bens públicos. Tais restrições têm fundamento no princípio da continuidade dos serviços públicos, e não na natureza do bem em si mesmo considerado.

A seguir, apresentamos um quadro sinóptico geral com os principais pontos, coincidentes e divergentes, relativos aos regimes jurídicos das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, de um lado, e prestadoras de serviços públicos, de outro.

EP e SEM – ATIVIDADES ECONÔMICAS	EP e SEM – SERVIÇOS PÚBLICOS
Criação autorizada em lei específica (CF, art. 37, XIX).	Idem.
Personalidade jurídica de direito privado.	Idem.
Sujeição a controle finalístico (tutela) pela Administração Direta.	Idem.
Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito privado (CF, art. 173).	Atividade sujeita predominantemente ao regime de direito público (CF, art. 175).
Não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas (CF, art. 173, § 2º). Vedação não aplicável no caso de monopólio.	Podem gozar de privilégios fiscais exclusivos.
Não fazem jus à imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a", e § 2º).	Fazem jus à imunidade tributária recíproca (STF).
Exigência de concurso público para a contratação de pessoal (CF, art. 37, II).	Idem.
Pessoal permanente sujeito a regime trabalhista (empregados públicos, regidos pela CLT).	Idem.
Remuneração do pessoal não sujeita ao teto constitucional, exceto se a entidade receber recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, XI, e § 9º).	Idem.
É inconstitucional a exigência de aprovação prévia do Poder Legislativo como condição para a nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo, de dirigentes da entidade (STF).	Idem.
Sujeitas a controle pleno pelo Poder Legislativo (CF, art. 49, X).	Idem.
Sujeitas a controle irrestrito pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).	Idem.
Sujeitas a controle pleno pelos tribunais de contas, inclusive à "tomada de contas especial" (CF, art. 71, II).	Idem.

EP e SEM – ATIVIDADES ECONÔMICAS	EP e SEM – SERVIÇOS PÚBLICOS
Não sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade civil objetiva).	Sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição (responsabilidade civil objetiva).
Não sujeitas a licitação para contratos relativos a suas atividades-fim. Sujeitas a licitação nas demais hipóteses. Previsão constitucional de regime próprio de licitação a ser estabelecido em lei ordinária da União, de caráter nacional (art. 173, § 1º, III).	Sujeitas a licitação sem quaisquer peculiaridades.
Não sujeitas a falência (Lei nº 11.101/2005, art. 2º, I).	Idem.
Seus bens não se enquadram como bens públicos; estão sujeitos a regime de direito privado.	Seus bens não se enquadram como bens públicos, mas os que forem diretamente empregados na prestação do serviço público podem sujeitar-se a restrições próprias dos bens públicos.

4.6.3.6. Distinções entre empresa pública e sociedade de economia mista

Consoante mencionamos anteriormente, tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista podem ter como objeto ou a exploração de atividades econômicas ou, o que é menos comum, a prestação de serviços públicos. Assim, não é a atividade exercida que diferencia uma empresa pública de uma sociedade de economia mista.

Na realidade, a doutrina reconhece, de um modo geral, que não existe um critério jurídico preciso que justifique escolher a criação de uma ou outra dessas entidades quando o Estado tencione atuar como agente econômico ou prestar determinado serviço público passível de ser descentralizado.

Em síntese, não há distinção material, isto é, relativa ao objeto, entre uma empresa pública e uma sociedade de economia mista. As diferenças existentes entre uma e outra dessas entidades são meramente formais, a saber:

- a) a forma jurídica;
- b) a composição do capital; e
- c) o foro processual (somente para as entidades federais).

4.6.3.6.1. A forma jurídica

As **sociedades de economia mista** devem ter a forma de **sociedade anônima** (S/A), sendo reguladas, basicamente, pela Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976). A doutrina em geral preleciona que a adoção da referida forma jurídica é obrigatória para todos os entes federados, uma vez que a Constituição de 1988 encampou a estrutura de Administração Indireta traçada pelo DL nº 200/1967, tornando implicitamente compulsória a sua observância pelas demais pessoas políticas (o DL nº 200/1967 só se aplica à Administração Pública federal). Ademais, a Lei nº 6.404/1976, que é uma lei de caráter nacional, de observância obrigatória por parte de todas as esferas da Federação, trata como sociedades anônimas as sociedades de economia mista (arts. 235 a 240).

Por serem sociedades anônimas, as sociedades de economia mista sempre têm natureza comercial, seja qual for o seu objeto (Lei nº 6.404/1976, art. 2º, § 1º). São inscritas, dessarte, no registro público de empresas mercantis.

As **empresas** públicas podem revestir qualquer das formas admitidas no nosso ordenamento jurídico.

As empresas públicas **federais** podem, até mesmo, ser instituídas sob forma jurídica *sui generis*, não prevista no direito privado; basta que a lei que autorize sua criação assim disponha. Essa hipótese – a criação de uma empresa pública sob forma jurídica ímpar – não é possível para os demais entes federados, porque a competência para legislar sobre direito civil e direito comercial é privativa da União (CF, art. 22, I).

As empresas públicas têm seus atos constitutivos inscritos no registro público de empresas mercantis ou no registro civil das pessoas jurídicas, conforme o caso.

4.6.3.6.2. A composição do capital

O capital das sociedades de economia mista é obrigatoriamente formado pela conjugação de capital público e privado, vale dizer, deve haver ações de propriedade do Estado e ações de propriedade de particulares, pessoas físicas ou jurídicas. É necessário, porém, que a maioria das ações com direito a voto pertença à pessoa política instituidora, ou a entidade de sua Administração Indireta. Por outras palavras, o **controle acionário** das sociedades de economia mista deve ser da Administração Pública (da pessoa política instituidora ou de entidade de sua Administração Indireta).

O capital das empresas públicas é integralmente público, isto é, oriundo de pessoas integrantes da Administração Pública. Não há possibilidade de

participação direta de recursos de particulares na formação do capital das empresas públicas. É possível, porém, desde que a maioria do capital votante de uma empresa pública permaneça sob propriedade da **pessoa política instituidora**, que haja participação de outras pessoas políticas, ou de entidades das diversas Administrações Indiretas.

Dessa forma, uma empresa pública pode ser **unipessoal**, ou seja, cem por cento do capital pertencer à pessoa política instituidora, ou **pluripessoal**. No caso de uma empresa pública pluripessoal, o controle societário deve ser da pessoa política instituidora, podendo o restante do capital estar nas mãos de outras pessoas políticas, ou de quaisquer entidades da Administração Indireta (inclusive sociedades de economia mista) de todas as esferas da Federação.

Por exemplo, uma empresa pública unipessoal federal, instituída sob a forma de sociedade anônima (S/A), deverá ter 100% das suas ações sob propriedade da União. Já uma empresa pública pluripessoal federal, instituída sob a forma de sociedade limitada (Ltda.), deve estar obrigatoriamente sob controle societário da União, podendo o restante de seu capital estar nas mãos, por exemplo, de uma autarquia federal, um estado-membro e uma sociedade de economia mista de determinado município.

No âmbito da União, as disposições legais pertinentes aos pontos tratados neste tópico encontram-se nos arts. 5º, II e III, do DL nº 200/1967, com a redação dada pelo DL nº 900/1969, e no art. 5º do DL nº 900/1969.

4.6.3.6.3. O foro processual para entidades federais

As causas em que as **empresas públicas federais** forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, serão processadas e julgadas pela Justiça Federal (CF, art. 109, I).

As sociedades de economia mista federais **não** foram contempladas com o foro processual da Justiça Federal, sendo suas causas processadas e julgadas na Justiça Estadual (Súmula 556 do STF).¹¹

¹¹ Nos termos expressos do inciso I do art. 109 da Constituição, também têm foro na Justiça Federal as causas em que a União for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente. Dessa forma, se tivermos em uma ação, por exemplo, uma sociedade de economia mista como ré (ou como autora) e a União atuar processualmente como **assistente**, o foro será deslocado para a Justiça Federal. Essa regra já se encontrava consagrada mesmo antes da Constituição de 1988, conforme deflui do enunciado da Súmula 517 do Supremo Tribunal Federal: "As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente."

As empresas públicas e as sociedades de economia mista **estaduais e municipais** terão suas causas processadas e julgadas, sem distinção, na Justiça Estadual.

As empresas públicas e sociedades de economia mista **distritais** estão sob jurisdição do Poder Judiciário do Distrito Federal.

4.6.4. Consórcios públicos

A Lei nº 11.107, de 06.04.2005, introduziu em nosso ordenamento uma pessoa jurídica denominada **consórcio público**. Os consórcios públicos, como veremos, poderão ser constituídos como pessoas jurídicas de direito privado ou como pessoas jurídicas de direito público; neste último caso, a lei explicitamente afirma integrarem eles a Administração Pública Indireta. Para tratarmos dessa nova figura, é necessário expor a base constitucional, os principais pontos da Lei nº 11.107/2005 e as disposições do Decreto nº 6.017, de 17.01.2007, que a regulamentou.

O art. 241 da Constituição, com redação inteiramente dada pela EC nº 19/1998, estabelece que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Percebe-se que o preceito reproduzido atribui a cada ente federado a competência para disciplinar, por meio de lei própria, os **consórcios públicos**, os **convênios de cooperação** e a **gestão associada de serviços públicos**.

Entretanto, a Lei nº 11.107/2005 é uma lei de normas gerais de caráter nacional, ou seja, aplica-se a todos os entes da Federação; seu art. 1º, *caput*, informa que ela “dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências”.

Com o intuito de compatibilizar com a Constituição essa edição, pela União, de normas gerais nacionais sobre consórcios públicos, a Lei nº 11.107/2005 atribuiu a eles natureza **contratual**. Assim, a competência da União estaria sendo exercida com base no art. 22, inciso XXVII, e não no art. 241 da Constituição.

Alguns juristas de renome consideram inconstitucional esse artifício, por entenderem que o constituinte derivado, ao referir-se, no art. 241 da Carta Política, a consórcios e convênios, estava tomando esses institutos com a configuração jurídica então existente, e não liberando o legislador ordinário para instituir figuras jurídicas inteiramente novas, muito menos prevendo a

criação de pessoas jurídicas administrativas mediante contrato administrativo. Dessa forma, por não ser admissível conceituar consórcios como contratos, segundo esses juristas, seria inconstitucional a pretensão da União de estabelecer normas gerais sobre consórcios públicos, obrigando os outros entes federados.

Em que pese a plausibilidade dessa argumentação, a Lei nº 11.107/2005, até eventual manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal, está em pleno vigor e precisa ser conhecida, em face da relevância das inovações que operou em nosso Direito.

Conforme acima registrado, a Lei nº 11.107/2005 foi regulamentada pelo Decreto nº 6.017/2007, que teve o mérito de esclarecer, razoavelmente, muitos pontos obscuros do texto legal.

O decreto citado define “consórcio público” como “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”. Pela definição fica claro, desde logo, que é possível a existência de um consórcio público que não tenha finalidade de realizar gestão associada de serviços públicos. Pode o consórcio público ter por objeto qualquer outra relação de cooperação federativa que não seja, obrigatoriamente, a gestão associada de serviços públicos.

Os consórcios públicos são celebrados entre entes federados de mesma espécie ou não. Não haverá, entretanto, consórcio público constituído unicamente pela União e municípios. Isso porque o art. 1º, § 2º, da lei estatui que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”. Também não pode haver consórcio público celebrado entre um estado e município de outro estado (razão de veto dos incisos III e V do § 1º do art. 4º). Podem ser celebrados, entretanto, consórcios públicos entre o Distrito Federal e municípios (art. 4º, § 1º, inciso IV).

O consórcio público será constituído por **contrato**, cuja celebração dependerá da prévia subscrição de **protocolo de intenções**.

Conquanto a Lei nº 11.107/2005 atribua aos consórcios públicos natureza **contratual**, determina que “o contrato de consórcio público será celebrado com a **ratificação, mediante lei**, do protocolo de intenções” (art. 5º). A ratificação pode ser realizada com **reserva**, desde que os demais entes subscritores aceitem. Nessa hipótese – ratificação com reserva –, ter-se-á consórcio parcial ou condicional do ente federado. Em qualquer caso, a ratificação só é dispensada se o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de

intenções, disciplinar **por lei** a sua participação no consórcio público (art. 5º, § 4º), e essa lei possibilitar que ele assuma todas as obrigações previstas no protocolo de intenções. Como se vê, em nenhuma hipótese um consórcio público poderá ser criado sem a participação do Poder Legislativo de cada um dos entes federados consorciados.

O Decreto nº 6.017/2007 conceitua “protocolo de intenções” como o “contrato preliminar que, ratificado pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público”, define “ratificação” como “aprovação pelo ente da Federação, mediante lei, do protocolo de intenções ou do ato de retirada do consórcio público”, e explicita que “reserva” é o “ato pelo qual ente da Federação não ratifica, ou condiciona a ratificação, de determinado dispositivo de protocolo de intenções”. Esclarece, ainda, que “os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles” (art. 3º, § 1º).

A alteração ou a **extinção** de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, que é a instância máxima dos consórcios públicos, devendo esse instrumento ser ratificado, também mediante **lei**, por **todos** os entes consorciados (art. 12). O Decreto nº 6.017/2007 ainda prevê como forma de extinção do consórcio público a retirada de um dos membros, no caso de um consórcio público constituído somente por dois entes da Federação. “Retirada”, segundo definição do mesmo decreto, é a “saída de ente da Federação de consórcio público, por ato formal de sua vontade”, ato este que exige ratificação mediante lei do ente que se esteja retirando.

O representante legal do consórcio público obrigatoriamente deverá ser eleito dentre os Chefes do Poder Executivo dos entes da Federação consorciados. A forma de sua eleição e a duração do mandato devem estar previstas no protocolo de intenções (art. 4º, inciso VIII).

O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio (art. 9º, parágrafo único). De forma mais detalhada, estatui o art. 12 do Decreto nº 6.017/2007:

“Art. 12. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do seu representante legal, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos que os entes da Federação consorciados vierem a celebrar com o consórcio público.”

O consórcio público pode ser contratado pela Administração Direta ou Indireta dos entes da Federação consorciados, **dispensada a licitação** (Lei nº 11.107/2005, art. 2º, § 1º, III).

Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor (Lei nº 11.107/2005, art. 2º, § 3º).

A lei prevê a possibilidade de o consórcio público celebrar **contrato de gestão** ou **termo de parceria**, cabendo ao protocolo de intenções determinar as condições para que ele o faça (art. 4º, inciso X). O Decreto nº 6.017/2007 parece ter restringido esse dispositivo, uma vez que prevê como cláusula necessária do protocolo de intenções a que estabeleça “as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão, nos termos da Lei nº 9.649, de 1998, ou termo de parceria, na forma da Lei nº 9.790, de 1999”.

Com efeito, o Decreto nº 6.017/2007 só menciona a possibilidade de o **contrato de gestão** ser celebrado nos termos do art. 51 da Lei nº 9.649/1998, isto é, entre o Poder Público e autarquia ou fundação pública qualificada como **agência executiva**. São estes os termos de seu art. 2º, inciso XVIII:

“contrato de gestão: instrumento firmado entre a administração pública e autarquia ou fundação qualificada como Agência Executiva, na forma do art. 51 da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, por meio do qual se estabelecem objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.”

Aparentemente, o consórcio público figurará como “Poder Público”; não se esclareceu a qual Administração Pública deve estar vinculada a autarquia ou a fundação pública, qualificada como agência executiva, que será parte no contrato de gestão. Pensamos que deve a autarquia ou a fundação estar vinculada à Administração Pública de um dos entes consorciados.

Quanto ao “termo de parceria”, o decreto estatui ser ele o “instrumento passível de ser firmado entre consórcio público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução de atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999” (art. 2º, XVII), ou seja, o consórcio público não é a parte que recebe fomento, mas sim a que o concede, o que significa que o consórcio faz o papel de “Poder Público”.

Em nossa opinião, é muito difícil admitir, juridicamente, que os consórcios públicos constituídos com personalidade jurídica de direito privado possam figurar em um contrato de gestão ou termo de parceria na qualidade de “Poder Público”, mas a verdade é que o decreto não restringiu a celebração desses instrumentos aos consórcios públicos constituídos com personalidade jurídica de direito público. A lei tampouco faz restrição; aliás, a lei nem mesmo limitou o contrato de gestão celebrado pelos consórcios públicos àquele previsto na Lei nº 9.649/1998, ou o termo de parceria celebrado pelos consórcios públicos ao disciplinado na Lei nº 9.790/1999. Pensamos que há uma contradição no ato regulamentar, que terá que ser corrigida, ou por interpretação judicial, ou mediante futura modificação normativa.

Quando o consórcio público tenha entre suas finalidades a gestão associada de serviços públicos, esta deve obrigatoriamente ser autorizada em cláusula específica do protocolo de intenções, a qual deverá explicitar (art. 4º, inciso XI):

- a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
- b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
- c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
- d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão.

Cabe reproduzir as definições constantes do Decreto nº 6.017/2007, relacionadas à gestão associada de serviços públicos:

“gestão associada de serviços públicos: exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos;”

“prestação de serviço público em regime de gestão associada: execução, por meio de cooperação federativa, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir aos usuários o acesso a um serviço público com características e padrões de qualidade determinados pela regulação ou pelo contrato de programa, inclusive quando operada por transferência total ou

parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos;”

O primeiro ponto que merece destaque é que a gestão associada não obrigatoriamente abrange a **prestação** do serviço público. Pode a gestão associada resumir-se às atividades de planejamento, regulação ou fiscalização, atribuindo-se a **prestação** do serviço a uma pessoa que não integre o consórcio público ou convênio de cooperação. Aliás, conforme visto acima, o consórcio público pode ser autorizado a realizar licitação visando à outorga de concessão ou permissão para a prestação de serviços públicos, ou a outorgar autorização para a prestação de serviços públicos. Nesses casos, em que o consórcio atue como “poder concedente”, a gestão associada não envolverá a **prestação** do serviço, uma vez que esta será atribuída ao delegatário (concessionária, permissionária ou autorizada, conforme o caso).

O segundo fato digno de nota é a exigência de que a gestão associada ocorra por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados. A nosso ver, o decreto não abre espaço à possibilidade de entes federados realizarem a gestão associada de serviços públicos sem que tenham formalizado um convênio de cooperação ou constituído um consórcio público. Entenda-se bem o que acabamos de afirmar: a gestão associada consiste, essencialmente, nas atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos; a gestão associada não precisa envolver a **prestação** dos serviços públicos. A **prestação**, isoladamente, sem as atividades de planejamento, regulação ou fiscalização, pode ser feita por mais de um ente federado, em cooperação federativa, sem que essa cooperação esteja formalizada em um convênio ou em um consórcio. O que não se admite é que a gestão associada – atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos – seja realizada sem a constituição de um consórcio público ou a celebração de um convênio de cooperação.

A terceira observação que julgamos relevante consiste na constatação de que a lei e o decreto parecem considerar a celebração de um **contrato de programa** condição imprescindível para a **prestação** de serviços públicos mediante gestão associada, mesmo que a **prestação** não se dê no âmbito de um convênio de cooperação, nem no de um consórcio público. Os contratos de programa serão objeto de estudo em outro tópico.

Consoante a Lei nº 11.107/2005, o consórcio público sempre terá **personalidade jurídica** (art. 6º). A nosso ver, a partir da Lei nº 11.107/2005, podemos estabelecer como elemento fundamental de distinção entre consórcios públicos e convênios de cooperação (ambos mencionados no art. 241 da Constituição) exatamente a atribuição de personalidade jurídica aos primeiros

e não aos convênios. O fato de visarem à realização de objetivos de interesse comum está presente em ambos.

Neste passo, é oportuno trazer à colação o conceito de convênio de cooperação vazado no Decreto nº 6.017/2007, ressaltando-se o fato de que a ele não é atribuída personalidade jurídica, diferentemente do que acontece com os consórcios públicos:

“convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles;”

É curioso constatar que, nos termos da lei, o consórcio público seria sempre uma pessoa com **prazo de duração determinado**. Com efeito, o seu art. 4º, inciso I, estabelece como cláusula necessária do protocolo de intenções “a denominação, a finalidade, o **prazo de duração** e a sede do consórcio”.

Ocorre que o Decreto nº 6.017/2007, visando a “corrigir” essa situação pouco usual – e, segundo pensamos, desbordando flagrantemente da função meramente regulamentar –, estatuiu, no seu art. 5º, inciso I, que o protocolo de intenções deve conter cláusula que estabeleça “a denominação, as finalidades, o **prazo de duração** e a sede do consórcio público, **admitindo-se a fixação de prazo indeterminado** e a previsão de alteração da sede mediante decisão da Assembléia Geral”. Ora, afirmar que deve ser estabelecido prazo, mas que este pode ser indeterminado, é o mesmo que afirmar que pode não ser fixado prazo nenhum, desprezando o preceito legal que exige como cláusula obrigatória do protocolo de intenções a que fixe o prazo de duração!

Conforme antes aludido, o consórcio público poderá ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos, ou pessoa jurídica de direito público, assumindo, nesta última hipótese, a forma de **associação pública** (art. 1º, § 1º, e art. 4º, inciso IV). A Lei nº 11.107/2005, vale registrar, alterou o art. 41, inciso IV, do Código Civil para incluir expressamente entre as pessoas jurídicas de direito público interno as **associações públicas**. Mais importante, a nova redação desse dispositivo do Código Civil explicita que as **associações públicas são autarquias** (art. 41, inciso IV: “São pessoas jurídicas de direito público interno: as autarquias, inclusive as associações públicas;”). O consórcio público com personalidade jurídica de direito público, sendo uma autarquia pertencente a mais de um ente federado, configura aquilo que a doutrina denomina “autarquia interfederativa” ou “autarquia multifederada”.

Os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, § 1º).

Quando o consórcio público for pessoa jurídica de direito privado, assumirá a forma de associação civil, e sua constituição deve ser efetivada conforme a legislação civil, isto é, a aquisição da personalidade ocorrerá com a inscrição dos atos constitutivos no registro público competente (Registro Civil das Pessoas Jurídicas). Sem embargo de sua personalidade jurídica de direito privado, esses consórcios públicos estarão sujeitos às normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. O pessoal desses consórcios públicos será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º).

A lei não esclarece se os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito privado integram a Administração Pública. Em nossa opinião, é muito difícil defender a legitimidade constitucional de instituição, pelos entes federados, de uma pessoa jurídica estranha à Administração Pública para o exercício de atividades administrativas, especialmente considerando que sempre haverá uma lei ratificando ou prevendo a participação da pessoa política no consórcio público, mesmo que ele seja pessoa jurídica de direito privado.

Essa é, também, a opinião da Profª. Maria Sylvia Di Pietro, cuja transcrição vem a propósito:

“Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria).”

Além dessas dificuldades, o fato de a Lei nº 11.107/2005 sujeitar explicitamente esses consórcios às regras de licitação e contratos administrativos, admissão de pessoal e prestação de contas, permite afirmar que eles estarão praticamente sob o mesmo regime jurídico aplicável às entidades integrantes da Administração Pública que têm personalidade de direito privado. Reforça essa constatação a exigência de que a execução das receitas

e despesas dos consórcios públicos – com personalidade jurídica de direito público ou privado – obedeça às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas (art. 9º).

Não obstante os argumentos acima expendidos, parece-nos que a Lei nº 11.107/2005, ao estatuir expressamente que o consórcio público **com personalidade jurídica de direito público** integra a Administração Indireta das pessoas políticas consorciadas, e, sem dúvida intencionalmente, nada afirmar a esse respeito para o consórcio público com personalidade jurídica de direito privado, pretendeu que estes últimos **não integrem** formalmente a Administração Pública.

Cumpra anotar, todavia, conforme o art. 39 do Decreto nº 6.017/2007, que “a partir de 1º de janeiro de 2008 a União somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma tenham se convertido”.

Os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio público não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos (Lei nº 11.107/2005, art. 10, parágrafo único). Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei” (Lei nº 8.429/1992, art. 10, inciso XIV, incluído pela Lei nº 11.107/2005).

Por último é interessante notar que a Lei nº 11.107/2005 determinou a aplicação aos consórcios públicos, tanto os com personalidade pública quanto os com personalidade privada, supletivamente, das normas de regência das **associações civis**. Com efeito, o seu art. 15 assim dispõe: “No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis”.

4.6.4.1. Contrato de rateio

No art. 8º da Lei nº 11.107/2005 há referência a um tipo específico de contrato, que é o único instrumento idôneo para viabilizar a entrega de recursos pelo ente consorciado ao consórcio: o **contrato de rateio**. O Decreto nº 6.017/2007 assim o define:

“contrato de rateio: contrato por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público;”

A lei considera tão relevante a observância das suas disposições acerca dos contratos de rateio que acrescentou ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa – o inciso XV, tipificando como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”.

Determina o art. 8º da Lei nº 11.107/2005 que “os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio”. Consoante o § 1º do art. 13 do Decreto nº 6.017/2007, “o contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro, com observância da legislação orçamentária e financeira do ente consorciado contratante e depende da previsão de recursos orçamentários que suportem o pagamento das obrigações contratadas”. A fim de garantir que os entes consorciados não frustrem suas obrigações financeiras para com o consórcio, a lei prevê que “poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio” (art. 8º, § 5º).

É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio, inclusive os oriundos de transferências ou operações de crédito, para o atendimento de despesas classificadas como genéricas, entendendo-se por “despesa genérica aquela em que a execução orçamentária se faz com modalidade de aplicação indefinida”. Não se consideram como genéricas as despesas de administração e planejamento, desde que previamente classificadas por meio de aplicação das normas de contabilidade pública (Lei nº 11.107/2005, art. 8º, § 2º, e Decreto nº 6.017/2007, art. 15).

Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio (art. 8º, § 3º).

O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro, e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, exceto nestas duas hipóteses:

- a) contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual;
- b) gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

4.6.4.2. Contrato de programa

A Lei nº 11.107/2005 contém disposições não muito claras acerca de uma figura que ela denominou “contrato de programa”. O Decreto nº 6.017/2007 esclareceu alguns pontos, mas, segundo pensamos, permanecem obscuridades.

O Decreto nº 6.017/2007 assim o define:

“contrato de programa: instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa;”

Pela definição, pensamos que o contrato de programa será sempre obrigatório quando um ente da Federação incumba-se da **prestação** de serviços públicos conjuntamente com outro ente da Federação (prestação mediante cooperação federativa), diretamente ou por meio de entidades de suas Administrações Indiretas, tenham ou não esses entes federados celebrado um convênio de cooperação ou constituído um consórcio público.

Pela redação do decreto, o contrato de programa **não** é exclusividade da prestação de serviço público que seja objeto de gestão associada (cabe lembrar que, acima, concluímos que a **gestão associada** sempre pressupõe a existência de um consórcio público ou convênio de cooperação). Com efeito, o texto regulamentar fala simplesmente em “prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa”, o que abre possibilidade para que essa prestação conjunta ocorra mesmo que não se trate de serviço público objeto de gestão associada, portanto, mesmo que não exista um consórcio público ou convênio de cooperação incumbido do exercício associado das atividades de **planejamento**, **regulação** ou **fiscalização** do serviço público.

É certo que o contrato de programa será obrigatório quando um ente federado, diretamente ou por meio de entidade de sua Administração Indireta, estiver incumbido da **prestação** de serviço público no âmbito de gestão associada, isto é, quando as atividades de planejamento, regulação ou fiscalização do serviço público forem exercidas de forma associada por um consórcio público ou um convênio de cooperação que preveja a prestação desse serviço público por um (ou mais de um) ente da Federação, ou entidade de sua Administração Indireta, integrante ou não do consórcio ou convênio.

Entretanto, conforme expusemos anteriormente, o contrato de programa, a nosso ver, também é instrumento apto a viabilizar, por si só, a **prestação**

de serviço público por mais de um ente da Federação (ou por entidades de suas Administrações Indiretas) – prestação por meio de cooperação federativa –, mesmo que esses entes não tenham formalizado um convênio de cooperação, nem tenham constituído um consórcio público, mesmo que o serviço público cuja **prestação** seja objeto do contrato de programa não seja um serviço público objeto de **gestão associada**.

Tentando simplificar esse conjunto complexo e algo abstruso de regras, podemos afirmar que o contrato de programa, em essência, visa a “substituir” o contrato de concessão de serviços públicos, possibilitando a **prestação** indireta de um serviço público, isto é, a prestação de um serviço público por uma pessoa diversa da pessoa política que detém a competência constitucional para a sua prestação. Note-se, entretanto, que não se trata exatamente de uma substituição, porque o contrato de concessão pode ser celebrado com particulares, desde que se sagrem vencedores na obrigatória licitação prévia, ao passo que o contrato de programa é celebrado exclusivamente entre um ente da Federação, ou um consórcio público (que é sempre integrado só por entes federados), e outro ente da Federação, ou entidade de sua Administração Indireta. Não existe, dessarte, contrato de programa de que participe um particular, em que seja parte pessoa jurídica não integrante da Administração Pública.

O art. 13, *caput*, da Lei nº 11.107/2005 estabelece que “deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada **em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência** total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos **serviços transferidos**”.

Com redação parecida, mas não igual, o art. 30 do Decreto nº 6.017/2007 afirma que “deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações contraídas por ente da Federação, inclusive entidades de sua administração indireta, que **tenham por objeto a prestação de serviços por meio de gestão associada ou a transferência** total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos **serviços transferidos**”.

Nos termos do decreto, ainda, “considera-se **prestação de serviço público por meio de gestão associada** aquela em que um ente da Federação, ou entidade de sua administração indireta, coopere com outro ente da Federação ou com consórcio público, independentemente da denominação que venha a adotar, exceto quando a prestação se der por meio de contrato de concessão de serviços públicos celebrado após regular licitação” (art. 30, § 1º).

Entendemos que essa definição que o decreto estabelece para “prestação de serviço público por meio de gestão associada” causa uma grande confusão, em razão das expressões empregadas. Isso porque, a interpretação sistemática da lei e do decreto leva a concluir que a **gestão associada** de serviços públicos – atividades de planejamento, regulação ou fiscalização – exige a constituição de um consórcio público ou a celebração de um convênio de cooperação. Entretanto, ao definir “prestação de serviço público por meio de gestão associada”, o decreto explicita que esta é “aquela em que um ente da Federação, ou entidade de sua administração indireta, coopere com outro ente da Federação ou com consórcio público”. Poderíamos pensar que essa cooperação direta de um ente com outro pressuponha que eles sejam partes em um convênio de cooperação. Mesmo assim, não se logra vislumbrar o que se quis dizer com “independentemente da denominação que venha a adotar”. Nossa opinião é que só será possível manter um mínimo de coerência se se interpretar que a “prestação de serviço público por meio de gestão associada” pressupõe a existência de um consórcio público ou de um convênio de cooperação, porque tais instrumentos são imprescindíveis para que se possa cogitar uma gestão associada (atividades de planejamento, regulação ou fiscalização). Ora, seria absurdo imaginar que “prestação de serviço público por meio de gestão associada” independa de haver gestão associada desse serviço público!

Voltando à redação do art. 13 da Lei nº 11.107/2005 e do art. 30 do Decreto nº 6.017/2007, impende atentar que também será obrigatório o contrato de programa quando um ente federado titular de um serviço público delegar sua prestação, **no âmbito de gestão associada**, transferindo, **também**, total ou parcialmente, “encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à **continuidade dos serviços transferidos**”. Nessa hipótese, **a lei** só se refere à “transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” no âmbito de gestão associada, ou seja, pressupondo a existência de um consórcio público ou um convênio de cooperação.

De todo modo, a redação da lei e a do decreto explicitam que essa transferência de “encargos, serviços, pessoal ou bens” visa a garantir a continuidade de um serviço público que foi transferido, ou seja, que teve sua prestação delegada, ainda que parcialmente. Mais uma vez, temos uma delegação de serviço público que prescinde de contrato de concessão, “substituído” este por um contrato de programa, sendo que, nessa hipótese, além da delegação da mera prestação do serviço, **há transferência de recursos materiais** “necessários à continuidade dos serviços transferidos”.

Na hipótese de **prestação** de serviço público mediante gestão associada por um ente integrante de um consórcio público, exige a Lei nº 11.107/2007

que, do protocolo de intenções, conste cláusula disciplinando os termos do contrato de programa. Com efeito, o art. 4º, inciso XI, alínea “d”, da lei prevê como cláusula essencial do protocolo de intenções a que explicita “as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver **também a prestação** de serviços por órgão ou entidade **de um dos entes da Federação consorciados**”.

Em qualquer hipótese, “é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio **prestados**” (Lei nº 11.107/2005, art. 13, § 3º).

Os §§ 4º e 5º do art. 13 da Lei nº 11.107/2005 prescrevem que “o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos” e que “o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a Administração Indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados”, desde que isso esteja previsto no contrato de consórcio público, ou no convênio de cooperação.

Além dessas regras, cabe registrar que a Lei nº 11.107/2005 incluiu como hipótese de licitação dispensável a “celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”.

Cumpra frisar que esse dispositivo não menciona a possibilidade de a prestação de serviços públicos de forma associada ocorrer fora do âmbito de um consórcio público ou de um convênio de cooperação. Caso esteja correta nossa interpretação, segundo a qual é possível dois ou mais entes federados prestarem conjuntamente um serviço público – prestação por meio de cooperação federativa – sem terem celebrado um convênio de cooperação ou constituído um consórcio público, desde que tenham celebrado um contrato de programa, mister é reconhecer que não existe previsão para que a licitação seja dispensada nessa específica hipótese de celebração de contrato de programa.

Não obstante a constatação explicitada no parágrafo anterior, pensamos poder conceituar contrato de programa como:

“Instrumento obrigatório para a **prestação** de serviço público em cooperação federativa, que estabeleça as obrigações de cada ente federado, ou de entidade integrante de sua Administração Indireta, para com outro ente federado, ou para com um consórcio público, relativas (as obrigações) à **prestação de serviço**”

público em cooperação federativa, ocorra ou não a prestação do serviço no âmbito de um convênio de cooperação ou de um consórcio público. É, da mesma forma, o instrumento obrigatório na hipótese em que o ente federado titular de um serviço público delegar sua prestação, no **âmbito de gestão associada**, transferindo, **também**, total ou parcialmente, “encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. Em ambas as hipóteses, possibilita a delegação da prestação de serviços públicos sem que haja celebração de um contrato de concessão ou permissão de serviços públicos.”

Capítulo 3

ÓRGÃOS E AGENTES PÚBLICOS

1. ÓRGÃOS PÚBLICOS

1.1. Teorias sobre a natureza jurídica da relação entre o Estado e os agentes por meio dos quais atua

As teorias que descreveremos sucintamente a seguir têm, ou tiveram, o intuito de explicar ou de justificar a atribuição ao Estado, e às pessoas jurídicas de direito público em geral, dos atos das pessoas naturais que agem em nome deles, uma vez que pessoas jurídicas não possuem vontade própria. É fundamental essa atribuição para que se estabeleça a presunção de que o ato foi praticado em nome do Estado. Assim, embora o ato tenha sido efetivamente executado por uma pessoa física (o agente público), a legitimidade de tal ato e a responsabilidade pelas consequências dele decorrentes são do Estado, o qual responde pela atuação de seus agentes (quando estes atuam na qualidade de agentes públicos).

1.1.1. *Teoria do mandato*

Por esta teoria, que toma por base um instituto típico do Direito Privado, a relação entre o Estado e seus agentes públicos teria por base o contrato de mandato.

Mandato, para o Direito Privado, é o contrato mediante o qual uma pessoa, o mandante, outorga poderes a outra, o mandatário, para que este execute determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste. O instrumento do contrato de mandato é a procuração.

Assim, o agente, pessoa física, seria o mandatário da pessoa jurídica, agindo em seu nome e sob a responsabilidade dela, em razão de outorga específica de poderes.

A principal crítica a esta teoria decorre da impossibilidade lógica de o Estado, que não possui vontade própria, outorgar o mandato. Não se responde, assim, à questão: quem outorgou o mandato ao agente público?

Outro ponto extremamente importante e não solucionado pela teoria diz respeito à responsabilização do Estado quando o mandatário exorbitasse dos limites da procuração. Se fosse adotada a disciplina jurídica delineada para o instituto do mandato no Direito Privado, o Estado não responderia perante terceiros quando o mandatário agisse com excesso de poderes, ou seja, além das atribuições a ele conferidas.

1.1.2. *Teoria da representação*

Pela teoria da representação, o agente público seria equiparado ao representante das pessoas incapazes (incapacidade civil, como a do menor de idade). O agente seria uma espécie de tutor ou curador do Estado, que o representaria nos atos que necessitasse praticar.

Como enfatiza Hely Lopes Meirelles, entretanto, é inconcebível que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação.

Maria Sylvia Di Pietro cita como principais críticas a esta teoria:

- a) equiparar a pessoa jurídica ao incapaz;
- b) implicar a idéia de que o Estado confere representantes a si mesmo;
- c) quando o representante ultrapassasse os poderes da representação o Estado não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados.

1.1.3. *Teoria do órgão*

Por esta teoria, amplamente adotada por nossa doutrina e jurisprudência, presume-se que a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio dos órgãos, que são partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica, de tal modo que, quando os agentes que atuam nestes órgãos manifestam sua vontade, considera-se que esta foi manifestada pelo próprio Estado. Fala-se em **imputação** (e não representação) da atuação do agente, pessoa natural, à pessoa jurídica.

Maria Sylvia Di Pietro explica que essa teoria é utilizada para justificar a validade dos atos praticados por **funcionário de fato**, pois considera que o ato por ele praticado é ato do órgão, imputável, portanto, à Administração.¹

Deve-se notar que não é qualquer ato que será imputado ao Estado. É necessário que o ato revista-se, ao menos, de **aparência** de ato jurídico legítimo e seja praticado por alguém que se deva presumir ser um agente público (teoria da aparência). Fora desses casos, o ato não será considerado ato do Estado.

Assim, para que possa haver a imputação, a pessoa que pratica o ato administrativo deve fazê-lo em uma situação tal que leve o cidadão comum a presumir regular sua atuação. O cidadão comum não tem como verificar se o agente público está atuando dentro de sua esfera de competência, ou mesmo se aquela pessoa que se apresenta a ele, com toda **aparência** de um servidor público, foi regularmente investida em seu cargo. Além disso, o destinatário do ato deve estar de boa-fé, ou seja, deve desconhecer a irregularidade que inquina a atuação do agente funcionário de fato. É oportuno transcrever a lição da Professora Maria Sylvia (destaques no original):

“Essa teoria é utilizada por muitos autores para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração. A mesma solução não é aplicável à pessoa que assuma o exercício de função pública por sua própria conta, quer dolosamente (como o usurpador de função), quer de boa-fé, para desempenhar função em momentos de emergência, porque nesses casos é evidente a inexistência de investidura do agente no cargo ou função.

Vale dizer que existem limites à teoria da **imputabilidade** ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa imputabilidade, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos, tenha **aparência** de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato. Fora dessas hipóteses, a atuação do órgão não é imputável ao Estado.”

¹ A expressão “funcionário de fato” é usualmente empregada para descrever a situação do agente quando há vício ou irregularidade na sua investidura em cargo ou função pública, a exemplo da nulidade do concurso público, da nomeação efetuada por servidor incompetente, do descumprimento de requisito essencial para a posse. Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “‘funcionário de fato’ é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.”

1.2. Conceito de órgão público

Podemos conceituar órgãos públicos como unidades integrantes da estrutura de uma mesma pessoa jurídica nas quais são agrupadas competências a serem exercidas por meio de agentes públicos. Como se vê, órgãos são meros conjuntos de competências, sem personalidade jurídica própria; são resultado da técnica de organização administrativa conhecida como “desconcentração”.

Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, órgãos públicos são “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”.

Prossegue o autor afirmando que os órgãos, necessariamente, possuem funções, cargos e agentes, sendo, entretanto, distintos desses elementos. Os órgãos são partes da pessoa jurídica. Somente a pessoa jurídica possui personalidade jurídica. Os órgãos, suas partes, são centros de competência despersonalizados, cuja atuação é imputada à pessoa que integram.

Assim, na Administração Direta federal, somente a União possui personalidade jurídica. Os Ministérios, por exemplo, órgãos da Administração Direta federal, são centros de competência despersonalizados, cuja atuação é imputada à União. O mesmo vale para as Administrações Diretas dos Estados, em que somente o Estado-membro possui personalidade jurídica, mas não seus órgãos, como as Secretarias estaduais, e para a Administração Direta dos Municípios (somente o Município possui personalidade jurídica, sendo despersonalizadas as Secretarias Municipais e todos os outros órgãos integrantes da estrutura da Administração Direta).

Deve-se atentar que a distribuição de competências em unidades despersonalizadas não ocorre exclusivamente na Administração Direta. A rigor, sempre que, dentro de uma mesma pessoa jurídica, houver unidades às quais são atribuídas competências determinadas, essas unidades, resultado do processo de desconcentração, serão órgãos. Portanto, dentro de uma mesma autarquia, podemos ter diversos órgãos, como suas diretorias, superintendências, delegacias e outros departamentos quaisquer, não importa a denominação utilizada. O mesmo vale para as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A Lei nº 9.784/1999, que regula os processos administrativos na esfera federal, deixa bastante claro esse fato – existência de órgãos tanto no âmbito da Administração Direta quanto no da Indireta –, além de haver positivado a distinção, há muito adotada pela doutrina, entre **órgão** – centro de competências despersonalizado – e **entidade** – expressão usada para designar pessoas jurídicas em geral. Com efeito, os incisos I e II do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.784/1999 assim definem:

“I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;
II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;”

1.3. Características dos órgãos públicos

Veremos, ao estudar as classificações propostas para os diferentes órgãos públicos, que há características presentes em todas as espécies de órgãos e outras que somente se apresentam em alguns. De modo geral, os autores apontam como características dos órgãos (algumas não presentes em todos):

- a) integram a estrutura de uma pessoa jurídica;
- b) não possuem personalidade jurídica;
- c) são resultado da **desconcentração**;
- d) alguns possuem autonomia gerencial, orçamentária e financeira;
- e) podem firmar, por meio de seus administradores, contratos de gestão com outros órgãos ou com pessoas jurídicas (CF, art. 37, § 8º);
- f) não têm capacidade para representar em juízo a pessoa jurídica que integram;
- g) alguns têm capacidade processual para defesa em juízo de suas prerrogativas funcionais;
- h) não possuem patrimônio próprio.

1.4. Capacidade processual

O órgão, como ente despersonalizado, constitui um mero centro de poder integrante da pessoa jurídica a que pertence. A capacidade processual, para estar em juízo, é atribuída pelo Código de Processo Civil à pessoa física ou jurídica (CPC, art. 7º). Como regra geral, portanto, o órgão não pode ter capacidade processual, isto é, não possui idoneidade para figurar em qualquer dos pólos de uma relação processual.

Entretanto, a capacidade processual de certos órgãos públicos para defesa de suas prerrogativas está hoje pacificamente sustentada pela doutrina e aceita pela jurisprudência. A capacidade processual do órgão público para a impetração de **mandado de segurança**, na defesa de sua competência, quando violada por outro órgão, é hoje matéria incontroversa.

Cabe ressaltar, porém, que essa excepcional capacidade processual só é aceita em relação aos órgãos mais elevados do Poder Público, de natureza

constitucional, quando defendem suas prerrogativas e competências. Beneficia os chamados órgãos **independentes e autônomos**, não alcançando os demais órgãos hierarquizados (superiores e subalternos).

A capacidade processual do órgão público foi expressamente reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que são legitimados para promover a liquidação e execução de indenização as autoridades e **órgãos** da Administração Pública, Direta e Indireta, **ainda que sem personalidade jurídica** (Lei nº 8.078, de 1990, art. 82, III).

1.5. Classificação

Adotaremos a classificação consagrada por Hely Lopes Meirelles, por entendermos ser ela a mais utilizada, não só em concursos públicos como também por outros autores pátrios.

1.5.1. Órgãos simples e compostos

Quanto a sua estrutura, os órgãos podem ser:

a) Órgãos Simples

Os órgãos simples ou unitários são constituídos por um só centro de competência. Estes órgãos não são subdivididos em sua estrutura interna, integrando-se em órgãos maiores. Não interessa o número de cargos que tenha o órgão, mas sim a inexistência de subdivisões com atribuições específicas em sua estrutura, ou seja, estes órgãos exercem suas atribuições próprias de forma concentrada.

b) Órgãos Compostos

Os órgãos compostos reúnem em sua estrutura diversos órgãos, como resultado da desconcentração administrativa. É o que ocorre com os Ministérios e as Secretarias.

Citando um exemplo concreto: O Ministério da Fazenda é integrado por vários órgãos, dentre os quais a Secretaria da Receita Federal. Esta é composta por diversos órgãos, dentre os quais as suas Superintendências Regionais. Estas são integradas por Delegacias, que são integradas por Seções até chegarmos a um órgão que não seja mais subdividido (este será o órgão unitário; todos os demais são compostos).

1.5.2. *Órgãos singulares e colegiados*

Quanto a sua atuação funcional, os órgãos podem ser:

a) Órgãos Singulares

Também denominados unipessoais, são os órgãos em que a atuação ou as decisões são atribuição de um único agente, seu chefe e representante.

É exemplo a Presidência da República.

b) Órgãos Colegiados

Também denominados pluripessoais, são caracterizados por atuarem e decidirem mediante obrigatória manifestação conjunta de seus membros. Os atos e decisões são tomados após deliberação e aprovação pelos membros integrantes do órgão, conforme as regras regimentais pertinentes a quorum de instalação, de deliberação, de aprovação etc.

São exemplos o Congresso Nacional e os tribunais. No âmbito do Poder Executivo, os exemplos de órgãos colegiados geralmente correspondem a órgãos administrativos especializados em apreciação e decisão de impugnações ou recursos administrativos. Na estrutura do Ministério da Fazenda, por exemplo, temos os Conselhos de Contribuintes, que apreciam e decidem sobre recursos administrativos julgados em primeira instância pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento (órgãos, atualmente, também colegiados).

1.5.3. *Órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos*

Quanto à posição estatal, os órgãos podem ser:

a) Órgãos Independentes

Os órgãos independentes são os diretamente previstos no texto constitucional, representando os três Poderes (Câmara dos Deputados, Senado Federal, STF, STJ e demais tribunais, Presidência da República, e seus simétricos nas demais esferas da Federação). São órgãos sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional. As atribuições destes órgãos são exercidas por agentes políticos.

b) Órgãos Autônomos

Situam-se na cúpula da Administração, hierarquicamente logo abaixo dos órgãos independentes. Possuem ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos.

São exemplos: os Ministérios, as Secretarias de Estado, a Advocacia-Geral da União etc.

c) Órgãos Superiores

São órgãos que possuem atribuições de direção, controle e decisão, mas que sempre estão sujeitos ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não têm autonomia administrativa nem financeira.

Incluem-se nessa categoria órgãos com denominações muito heterogêneas, como Procuradorias, Coordenadorias, Gabinetes etc.

d) Órgãos Subalternos

São todos os órgãos que exercem atribuições de mera execução, sempre subordinados a vários níveis hierárquicos superiores. Têm reduzido poder decisório. São exemplos as seções de expediente, de pessoal, de material, de portaria etc.

2. AGENTES PÚBLICOS

Considera-se agente público toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

Conforme se constata, a expressão “agente público” tem sentido amplo, englobando todos os indivíduos que, a qualquer título, exercem uma função pública, remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, política ou meramente administrativa, como prepostos do Estado.

O agente público é a pessoa natural mediante a qual o Estado se faz presente. O agente manifesta uma vontade que, afinal, é imputada ao próprio Estado. Agentes públicos são, portanto, todas as pessoas físicas que manifestam, por algum tipo de vínculo, a vontade do Estado, nas três esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nos três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). São agentes do Estado desde as mais altas autoridades da República, como os Chefes do Executivo e os membros do Legislativo e do Judiciário, até os servidores públicos que exercem funções subalternas.

A expressão “**agente público**” é utilizada em sentido amplo e genérico. Engloba, como vimos, todos aqueles que possuem atribuição de manifestar parcela da vontade do Estado, sendo a ele ligados por variados vínculos jurídicos. Não se deve confundir o gênero “agentes públicos” com algumas

de sua mais conhecidas espécies no âmbito do direito administrativo: “**servidor público**” e “**empregado público**”. Outro conceito, não mais utilizado no direito administrativo, mas sim no direito penal, é o de “**funcionário público**” conforme veremos adiante.

Servidor público, em seu sentido estrito, é expressão utilizada para identificar aqueles agentes que mantêm relação funcional com o Estado em regime estatutário (legal). São titulares de cargos públicos, efetivos ou em comissão, sempre sujeitos a regime jurídico de direito público.

A expressão **empregado público** designa os agentes públicos que, sob regime contratual trabalhista (celetista), mantêm vínculo funcional permanente com a Administração Pública. São os ocupantes de empregos públicos, sujeitos, predominantemente, a regime jurídico de direito privado.

Enquanto vigeu a redação do art. 39, *caput*, dada pela EC nº 19/1998 – que extinguiu a exigência de adoção do denominado regime jurídico único –, foi possível a contratação, concomitante, de servidores públicos e de empregados públicos pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas de qualquer ente federado.

É muito relevante registrar, entretanto, que a modificação do *caput* do art. 39, introduzida pela EC nº 19/1998, teve sua eficácia suspensa, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 2007, porque a Câmara dos Deputados não observou, quanto a esse dispositivo, a exigência de aprovação em dois turnos (CF, art. 60, § 2º). Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, nossa Corte Suprema deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 19/1998, esclarecendo, expressamente, que a decisão terá efeitos prospectivos (*ex nunc*), isto é, toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, *caput*, com a redação da EC nº 19/1998, continua válida, assim como as respectivas contratações de pessoal. Não obstante, deve ficar claro que, a partir dessa decisão, e até que seja decidido o mérito da causa, voltou a vigorar a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição, que exige a adoção, por parte de cada ente da Federação, de um só regime jurídico (**regime jurídico único**) aplicável a todos os servidores integrantes de sua Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Dessa forma, **atualmente**, não mais é possível a contratação, concomitante, de servidores públicos e de empregados públicos pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas de nossas pessoas políticas, uma vez que voltou a vigorar a exigência de adoção de um regime jurídico único para o pessoal desses órgãos e entidades administrativas.

A Constituição vigente abandonou a antes consagrada expressão **funcionário público**. Na seara do direito penal, todavia, ela ainda é empregada, abarcando todos os agentes que, embora transitoriamente ou sem remunera-

ção, pratiquem crime contra a administração pública, no exercício de cargo, emprego ou função públicos (CP, art. 327). Como se vê, para fins penais, a abrangência do conceito de funcionário público é a mais ampla possível, correspondendo à da expressão “agente público”, consagrada no âmbito do direito administrativo.

O agente público, pessoa física, não deve ser confundido com a figura do órgão administrativo, centro de competência despersonalizado. O agente desempenha suas atribuições num dado órgão, ocupando um cargo público ou mesmo uma mera função (sem cargo público). O agente atua em nome do órgão e sua atuação é imputada à pessoa jurídica a que ele, órgão, pertença (União, Estados, DF, Municípios). Agente e órgão são figuras distintas, tanto que o Estado pode suprimir o cargo, a função ou o próprio órgão sem nenhuma ofensa aos direitos de seus agentes. Pode, ainda, ocorrer o contrário, o desaparecimento do agente sem nenhuma interferência na existência do órgão (o falecimento do agente, por exemplo).

2.1. Classificação dos agentes públicos

Adotaremos a classificação proposta por Hely Lopes Meirelles. Para o eminente autor, os agentes públicos são classificados em cinco grandes grupos, a saber: agentes políticos; agentes administrativos; agentes honoríficos; agentes delegados; agentes credenciados.

2.1.1. Agentes políticos

Os **agentes políticos** são os integrantes dos mais altos escalões do Poder Público, aos quais incumbe a elaboração das diretrizes de atuação governamental, e as funções de direção, orientação e supervisão geral da Administração Pública.

As principais características dos agentes políticos são:

- a) sua competência é haurida da própria Constituição;
- b) não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral;
- c) normalmente são investidos em seus cargos por meio de eleição, nomeação ou designação;
- d) não são hierarquizados (com exceção dos auxiliares imediatos dos Chefes dos Executivos), sujeitando-se, tão-somente, às regras constitucionais.

São agentes políticos os chefes do Executivo (Presidente da República, governadores e prefeitos), seus auxiliares imediatos (ministros, secretários

estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores). Alguns autores enquadram, também, como agentes políticos os membros da magistratura (juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores) e os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República).

Os agentes políticos possuem certas prerrogativas, hauridas diretamente da Constituição, que os distinguem dos demais agentes públicos. Essas prerrogativas não são privilégios pessoais, mas sim garantias necessárias para o regular exercício de suas relevantes funções. Sem tais prerrogativas, os agentes políticos não teriam plena liberdade para a tomada de suas decisões governamentais, em face do temor de serem responsabilizados segundo as regras comuns da culpa civil, aplicáveis aos demais agentes públicos.

Consideramos oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl nº 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, em 13.06.2007, decidiu que a Lei nº 8.429/1992, que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa, de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, **não se aplica** a todos os agentes políticos. Segundo entendimento da Corte Suprema, ela não se aplica aos agentes políticos sujeitos ao “regime de crime de responsabilidade”.

2.1.2. *Agentes administrativos*

Os **agentes administrativos** são todos aqueles que exercem uma atividade pública de natureza **profissional e remunerada**, sujeitos à **hierarquia** funcional e ao regime jurídico estabelecido pelo ente federado ao qual pertencem. São os ocupantes de cargos públicos, de empregos públicos e de funções públicas nas Administrações Direta e Indireta das diversas unidades da Federação, nos três Poderes. Podem ser assim classificados:

- a) **servidores públicos**: são os agentes administrativos sujeitos a regime jurídico estatutário (isto é, de natureza legal, e não contratual), titulares de cargos públicos de provimento efetivo e de provimento em comissão;
- b) **empregados públicos**: são os ocupantes de empregos públicos, sujeitos a regime jurídico contratual (em regra, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, chamados, por isso, de “celetistas”);
- c) **temporários**: são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição; seu regime é contratual, mas eles são meros exercedores de funções públicas às quais não corresponde nem cargo nem emprego público.

Julgamos oportuno registrar que alguns autores utilizam a expressão “servidores públicos” em sentido amplo, englobando os servidores públicos em sentido estrito (estatutários) e os empregados públicos.

2.1.3. *Agentes honoríficos*

Os **agentes honoríficos** são cidadãos requisitados ou designados para, transitoriamente, colaborar com o Estado mediante a prestação de serviços específicos, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional. Não possuem qualquer vínculo profissional com a Administração Pública (são apenas considerados “funcionários públicos” para fins **penais**) e usualmente atuam sem remuneração. São os jurados, os mesários eleitorais, os membros dos Conselhos Tutelares criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e outros dessa natureza.

2.1.4. *Agentes delegados*

Os **agentes delegados** são particulares que recebem a incumbência de exercer determinada atividade, obra ou serviço público e o fazem em nome próprio, por sua conta e risco, sob a permanente fiscalização do poder delegante. Evidentemente, não são servidores públicos, não atuam em nome do Estado, mas apenas colaboram com o Poder Público (descentralização por colaboração). Sujeitam-se, porém, no exercício da atividade delegada, à responsabilidade civil objetiva (CF, art. 37, § 6º) e ao mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX). Enquadram-se como “funcionários públicos” para fins **penais** (CP, art. 327). São os concessionários e permissionários de serviços públicos, os leiloeiros, os tradutores públicos, entre outros.

2.1.5. *Agentes credenciados*

Os **agentes credenciados**, na definição do Prof. Hely Lopes Meirelles, “são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante”. Seria exemplo a atribuição a alguma pessoa da tarefa de representar o Brasil em determinado evento internacional (um artista consagrado que fosse incumbido de oficialmente representar o Brasil em um congresso internacional sobre proteção da propriedade intelectual). Também são considerados “funcionários públicos” para fins **penais**.

Capítulo 4

REFORMA ADMINISTRATIVA E TERCEIRO SETOR

1. REFORMA DO ESTADO E ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Desde a última década do século passado vem sendo promovida no Brasil uma série de alterações constitucionais e legais com o objetivo de implantar entre nós um modelo de administração pública conhecido como “**administração gerencial**”, fundado, em tese, no princípio da eficiência, visando a substituir o padrão tradicional de Administração Pública, dita “burocrática”, cuja ênfase recai sobre o princípio da legalidade.

Os defensores do novo modelo são adeptos da corrente político-econômica usualmente chamada “neoliberalismo”. Segundo eles, haveria uma “crise do Estado”, traduzida na incapacidade deste de realizar os necessários investimentos e desempenhar eficientemente todas as atribuições que lhe foram impostas originalmente pela Constituição de 1988. Por essa razão, pregam a denominada “doutrina do Estado mínimo”, cujo objetivo é retirar o setor público de todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível.

A idéia de “Estado mínimo” também está fundada no princípio da eficiência, uma vez que esses teóricos entendem que o Estado sempre é menos eficiente do que o setor privado, devendo, por isso mesmo, atuar somente onde seja indispensável.

Esse conjunto de idéias, quando posto em prática, leva a duas linhas de movimentos bastante nítidas:

- a) a partir da noção de “administração gerencial”, que privilegia o princípio da eficiência, o foco desloca-se para a obtenção de resultados pela máquina

estatal; busca-se ampliar a autonomia dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, mormente pela redução dos controles de procedimentos (atividades-meio); ademais, utilizam-se instrumentos tendentes a assegurar que a produtividade dos agentes públicos dos quadros profissionais da administração seja próxima daquela que se observa quanto aos trabalhadores de empresas privadas;

- b) como decorrência, sobretudo, da “doutrina do Estado mínimo”, ocorrem as famosas “privatizações”, pelas quais a prestação de serviços públicos que possam gerar lucro deixa de ser executada por empresas estatais, passando a sua exploração a ser atribuída ao setor privado, mediante concessões e permissões de serviços públicos; ao mesmo tempo são extintas entidades da Administração Pública, e pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos são estimuladas a atuar nas áreas em que antes operavam essas entidades públicas extintas, vale dizer, é reduzido o número de entidades da Administração Pública que atuavam em áreas não exclusivas de Estado, na mesma medida em que o assim chamado “terceiro setor” recebe fomento estatal para assumir o desempenho dessas atividades em colaboração com o setor público.

Historicamente, a proposta de implantação de um modelo de administração gerencial no Brasil teve seus lineamentos básicos no “Plano Diretor da Reforma do Estado” e na obra do ex-Ministro Bresser Pereira, para quem essa modalidade de administração se apresenta como uma “nova forma de gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, descentralizada, mais voltada para o controle de resultados do que o controle de procedimentos, e mais compatível com o avanço da democracia em todo o mundo, que exige uma participação cada vez mais direta da sociedade na gestão pública”.

A EC nº 19/1998 foi o mais importante instrumento legitimador da almejada reforma da Administração Pública no Brasil, sendo, por esse motivo, conhecida como emenda da “reforma administrativa”. As modificações nas relações Estado-agentes públicos, Estado-agentes econômicos e Estado-terceiro setor têm sido gradualmente implementadas desde então, por meio da edição de leis e atos infralegais regulamentadores das diretrizes inseridas na Constituição pela referida emenda.

O Prof. Paulo Modesto, em excepcional trabalho intitulado “Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil”, apresentado no “II Congresso Interamericano sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública”, promovido, em 1997, pelo CLAD – *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo* enumera, em linhas gerais, os objetivos pretendidos pelas reformas administrativas que, naquela época, estavam ocorrendo em diversos países ocidentais:

“a) objetivo econômico: diminuir o *deficit* público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta;

b) objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;

c) objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;

d) objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados”.

Algumas das mais importantes diretrizes comuns às reformas administrativas promovidas em diversos países desde os anos 80 do século passado, apontadas pelo Prof. Paulo Modesto no mesmo trabalho, podem ser assim sintetizadas:

- a) privatização de serviços economicamente sustentáveis em regime de mercado;
- b) transferência de funções do poder central para os entes federados menores;
- c) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos-programas, convênios de delegação ou descentralização);
- d) ampliação dos controles de produtividade e de economicidade, ou seja, ênfase nos controles finalísticos de eficiência;
- e) fortalecimento da autonomia das pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta;
- f) incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, prestados por entidades não integrantes da Administração Pública, porém com apoio direto do Estado e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, organizações sociais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias);
- g) elaboração do conceito de planejamento estratégico e fortalecimento dos setores administrativos responsáveis pela formulação de políticas públicas;
- h) estímulo e aperfeiçoamento das atividades-fins da Administração, com a concomitante diminuição ou terceirização de atividades-meio;

- i) valorização das carreiras exclusivas de Estado;
- j) definição de novas formas de responsabilização dos agentes públicos pela gestão administrativa;
- l) ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública.

No Brasil, as principais alterações decorrentes da Reforma Administrativa, tendentes à adoção do modelo de administração gerencial propugnado no “Plano Diretor da Reforma do Estado”, já total ou parcialmente implementadas, podem ser assim sintetizadas:

- a) flexibilização das relações jurídico-funcionais entre a Administração e seus agentes públicos: abolição da exigência de regime jurídico único¹, flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, redução de direitos e vantagens legais dos servidores públicos etc.;
- b) possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da Administração Direta, mediante a celebração de contratos de gestão;
- c) previsão de ampliação da autonomia administrativa de autarquias e fundações públicas, que podem ser qualificadas como **agência executiva** mediante celebração de contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor, para o fim de cumprir objetivos e metas com este acertados;
- d) parcerias com pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, não integrantes da Administração, para a prestação de serviços de utilidade pública e assistenciais, visando à futura transferência ao setor privado dessas atividades, com estímulo (repasso de recursos públicos) e fiscalização do Estado (celebração de contratos de gestão, possibilidade de desqualificação etc.);
- e) previsão de um estatuto próprio para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, integrantes da Administração Indireta, que poderá prever, entre outras coisas, regras mais flexíveis para licitações e contratações;
- f) alteração na forma de criação das entidades da Administração Indireta, que passa a ser feita diretamente por lei específica apenas nos casos das autarquias e por ato próprio do Poder Executivo no caso das demais entidades, após autorização em lei específica;
- g) Reestruturação de algumas carreiras entendidas como típicas de Estado e instituição de remuneração por subsídio, em parcela única;

¹ A supressão da exigência de regime jurídico único resultou da redação dada ao art. 39, *caput*, da Constituição, pela EC nº 19/1998. No julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, por inconstitucionalidade formal, essa alteração perpetrada pela EC nº 19/1998, restaurando, com efeitos *ex nunc*, a **redação original** do art. 39, *caput*, da Constituição, que **obriga à adoção de regime jurídico único** para o pessoal da Administração Direta, autarquias e fundações públicas de cada ente federado.

- h) acréscimo, ao *caput* do art. 37 da Constituição, do princípio da eficiência, que passa a ser princípio expresso, informador de toda a atividade administrativa.

Além dessas regras e providências, implementou-se uma reforma parcial no sistema previdenciário, foram privatizadas inúmeras empresas estatais de atuação no domínio econômico e prestadoras de serviços públicos, procedeu-se ao saneamento e privatização de praticamente todos os bancos estatais, foram amplamente renegociadas as dívidas dos Estados-membros com a União, entre outras.

Ainda, a retirada do Estado do papel de agente econômico (Estado-empresário) e da prestação direta de serviços públicos levou à necessidade de alargamento da sua função regulatória, à necessidade do fortalecimento do Estado no papel de agente regulador do setor privado. Dessarte, foram criadas as **agências reguladoras**, segundo um modelo cujo objetivo é assegurar que sua atuação seja eminentemente técnica, imune a ingerências políticas. Por esse motivo, elas foram, e têm sido, instituídas sob a forma de autarquias em regime especial.

Descreveremos, a seguir, as principais características das mais importantes figuras e institutos jurídicos que foram criados, ou fortalecidos, em decorrência dessa reestruturação do Estado, e que interessam de perto ao direito administrativo.

Iniciaremos nosso estudo pelos contratos de gestão. Esse instrumento, típico do novo modelo de atuação do Estado, possui, dependendo das partes que o celebrem, características bastante diversas. Quando celebrado entre o Poder Público e órgãos ou entidades da Administração Pública, funciona como instrumento de ampliação da autonomia desses órgãos ou entidades, enfatizando, sobretudo, o controle finalístico, de resultados e de atingimento de metas. Diversamente, os contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e entidades privadas (as organizações sociais), não integrantes da Administração, representam os instrumentos que possibilitam o recebimento de fomento, de bens e recursos públicos por essas entidades, sujeitando-as, por essa razão, ao controle, pelo Estado, da destinação dada aos recursos e bens públicos a elas transferidos a fim de que atinjam as metas com as quais devem se comprometer; resultam, portanto, em restrição da autonomia gerencial dessas entidades privadas (as organizações sociais).

Embora os contratos de gestão não tenham produzido na prática os resultados pretendidos, é grande sua importância teórica para o modelo de administração proposto pelos entusiastas do princípio da eficiência, motivo pelo qual eles serão estudados a seguir, em tópico próprio.

Analisaremos, depois, cada uma das entidades paraestatais atualmente existentes em nosso ordenamento, integrantes do denominado “**terceiro setor**”.

Por último, estudaremos outras importantes figuras, não pertencentes ao terceiro setor, mas sim à própria Administração Pública, nomeadamente, as agências executivas e as agências reguladoras.

2. CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão ou acordo-programa, termo pelo qual é também conhecido, constitui um instituto jurídico relativamente novo em nosso ordenamento. Por esse motivo, a bibliografia e, principalmente, a jurisprudência a seu respeito são escassas, além de não haver nenhuma sistematização normativa do instituto, mas apenas algumas leis esparsas, relativas a contratos firmados com entidades específicas.

Embora não exista uma definição legal de contrato de gestão, e até mesmo haja grande controvérsia a respeito da natureza jurídica contratual do instituto, podemos esboçar os conceitos adiante resumidos, baseados nas características essenciais apontadas pela quase unanimidade dos autores.

O contrato de gestão seria um ajuste firmado entre a Administração Direta Centralizada e entidades da Administração Indireta, ou entre órgãos da própria Administração Direta, em decorrência do qual estes órgãos ou entidades assumem o compromisso de cumprir determinadas metas e, em contrapartida, ganham maior liberdade em sua atuação administrativa, passando a sujeitar-se, basicamente, ao controle relativo ao atingimento dos resultados pactuados. Também a Lei nº 11.107/2005, sem maior detalhamento, menciona a possibilidade de celebração de contratos de gestão pelos **consórcios públicos**, cabendo ao protocolo de intenções estabelecer as condições para sua celebração (art. 4º, inciso X). O Decreto nº 6.017/2007, que regulamentou a Lei nº 11.107/2005, restringiu esse contrato de gestão celebrado pelos consórcios públicos àquele previsto na Lei nº 9.649/1998, analisado abaixo, no tópico acerca das **agências executivas**.

Em outra hipótese, pode o contrato de gestão ser firmado entre a Administração Direta Centralizada e as **organizações sociais**, não integrantes da Administração Pública, mas que, entretanto, administram recursos ou bens públicos. Neste caso, a Administração Direta entrega à organização social os recursos públicos e passa a controlar o atingimento, pela entidade, das metas acordadas.

Como podemos observar, o contrato de gestão é instituto intimamente ligado à noção de **eficiência** na administração de recursos públicos, um dos mais importantes postulados da denominada “**administração gerencial**” – expressão utilizada em contraposição a “administração burocrática”, na qual toda a ênfase é dada ao princípio da legalidade –, cuja implantação no

Brasil, a partir da última década do século XX, exigiu diversas alterações em âmbito constitucional e legal. Por esse motivo, embora houvesse experiências a ela anteriores, o contrato de gestão adquiriu importância e, principalmente, legitimidade a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, baldrame da denominada “Reforma Administrativa”.

Essa Emenda Constitucional introduziu, no *caput* do art. 37 da CF/88, artigo atinente à Administração Pública em geral, o princípio da **eficiência** como um dos pilares de orientação de toda a atuação da Administração Direta e Indireta em todas as esferas de governo.

Mais especificamente, no parágrafo 8º desse art. 37, foi inserida a base constitucional para a previsão, pelo legislador ordinário, da celebração destes ajustes, sendo-lhes atribuída, expressamente, natureza contratual. O mesmo parágrafo possibilitou a celebração dos contratos de gestão entre o Poder Público e os **órgãos** da Administração Direta, o que, como veremos, tem causado profundas divergências doutrinárias e alguma perplexidade em face da ausência de personalidade jurídica característica dos órgãos públicos. São os seguintes os dispositivos constitucionais pertinentes à matéria:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:

.....

§ 8º – A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos **órgãos** e **entidades** da administração **direta** e **indireta** poderá ser ampliada mediante **contrato**, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o **órgão** ou **entidade**, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, e obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.”

O princípio da eficiência vem sendo apontado por muitos, como o “fim último do contrato de gestão”. Por outro lado, quando firmado com as pessoas privadas denominadas “organizações sociais”, esses contratos constituem-se em um meio de efetivar o processo de privatização da prestação de serviços públicos, uma vez que as organizações sociais visam a substituir entidades da Administração Indireta que prestem serviços públicos não exclusivos de Estado.

Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o objetivo desses contratos é conceder maior autonomia a órgãos e entidades da Administração, permitindo a consecução de metas a serem atingidas no prazo do contrato, o qual deverá “prever um controle de resultados que irá orientar a Administração Pública quanto à conveniência ou não de manter, rescindir ou alterar o contrato”.

É interessante registrarmos que, na lição da mesma autora, há uma diametral diferença entre os objetivos do contrato de gestão celebrado com órgãos ou entidades da Administração Indireta e do celebrado com as pessoas privadas qualificadas como organizações sociais. No primeiro caso, o contrato visa a **ampliar a autonomia do órgão ou entidade da Administração**, conforme os cânones da denominada “administração gerencial” (ênfase nos controles das atividades-fim e atenuação da rigidez dos controles das atividades-meio). No segundo, o contrato **restringe a autonomia da pessoa privada**, uma vez que ela passa a sujeitar-se às exigências contidas no contrato e ao controle relativo à gestão dos bens e recursos públicos a ela cedidos, bem como ao atingimento dos resultados entre as partes acordados.

2.1. Contrato de gestão celebrado com autarquias e fundações públicas: as agências executivas

Conforme já mencionamos, a Emenda nº 19/1998 conferiu legitimidade à almejada atenuação na rigidez do controle a que se encontrava tradicionalmente submetida a Administração Pública, viabilizando a concessão de maior autonomia a suas entidades e órgãos, em troca do cumprimento de diretrizes e metas pré-fixadas.

A Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, embora promulgada antes da Emenda nº 19/1998, autorizou o Poder Executivo a qualificar como **agência executiva** a autarquia ou a fundação pública que houvesse celebrado **contrato de gestão** com o respectivo ministério supervisor, para o fim de cumprir objetivos e metas com este acertados.

Agência Executiva não constitui, portanto, figura nova da estrutura formal da Administração Pública, mas sim uma qualificação especial que poderá ser conferida pelo Poder Público às **autarquias** e às **fundações públicas** que com ele celebrem contrato de gestão e atendam aos demais requisitos fixados pela Lei nº 9.649, de 1998.

Com a celebração do contrato de gestão, a autarquia ou a fundação pública, agora qualificada como agência executiva, terá assegurada, pelo Poder Executivo, maior autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos no contrato de gestão. Em contrapartida, o contrato es-

tabelecerá os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento. Os contratos de gestão das agências executivas serão celebrados com periodicidade mínima de **um ano**.

No contrato firmado deverão estar definidas as metas a serem atingidas, a compatibilidade dos planos anuais com o orçamento da entidade, os meios necessários à consecução, as medidas legais e administrativas a serem adotadas para assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira e administrativa, as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das metas, as condições para revisão, renovação e rescisão e a vigência do contrato.

Vale observar a existência de duas normas jurídicas diretamente relacionadas à celebração dessa espécie de contrato de gestão (que é a espécie prevista no art. 37, § 8º, da Carta Política, única hipótese de celebração de contrato de gestão com base constitucional). São elas:

- 1) A ampliação dos limites de valor de contratações até os quais a licitação é dispensável. Para a Administração em geral, é dispensável a licitação quando o valor do contrato é de até 10% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite. Para as agências executivas esse limite até o qual a licitação é dispensável é o dobro, ou seja, 20% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite (Lei nº 8.666/1993, art. 24, parágrafo único). Registramos que esse limite de 20% também é aplicável aos consórcios públicos e a todas as empresas públicas e sociedade de economia mista, por estarem incluídos na regra do mesmo parágrafo único do art. 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos; nesse caso, porém, não há nenhuma relação com celebração de contratos de gestão.
- 2) A Lei nº 9.962/2000, que rege os empregados públicos (celetistas) eventualmente contratados, antes de 02.08.2007, pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais² enumera, em seu art. 3º, as hipóteses em que poderá a Administração Pública rescindir, unilateralmente, o contrato de trabalho dos seus empregados públicos. Dentre as hipóteses taxativamente enumeradas, encontra-se a “insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas” (art. 3º, inciso IV). O parágrafo único desse

² Conforme decidido, em 02.08.2007, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.135/DF, depois dessa data essas contratações deixaram de ser possíveis, porque foi restaurada a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição, que obriga à adoção de regime jurídico único para o pessoal da Administração Direta, autarquias e fundações públicas de cada ente federado. Na esfera federal, esse regime jurídico único é o estatutário, o que impossibilita novas contratações pela Lei no 9.962/2000, depois de 02.08.2007.

mesmo art. 3º, cuja interpretação mostra-se algo nebulosa, afirma que os procedimentos previstos não são obrigatórios na hipótese das “contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal”.

Por fim, registramos que, além das disposições legais constantes dos arts. 51 e 52 da Lei nº 9.649/1998, regulamentam diversos aspectos concernentes às agências executivas o Decreto nº 2.487/1998 e o Decreto nº 2.488/1998.

2.2. Contrato de gestão e terceiro setor: as organizações sociais

A **outra hipótese de contrato de gestão**, referente ao contrato firmado com **pessoas jurídicas de direito privado**, não integrantes da Administração, encontra-se expressamente prevista na Lei nº 9.637/1998. Esta Lei, que disciplina os requisitos para que uma entidade privada possa ser qualificada como **organização social**, estabelece a necessidade de celebração de contrato de gestão entre tais entidades e a Administração Pública. Em decorrência do vínculo jurídico contratual, a organização fica obrigada ao atingimento de metas na prestação de determinados serviços de interesse social e a Administração, em contrapartida, auxilia a entidade de formas variadas, dentre as quais citam-se a transferência de recursos orçamentários, a cessão de bens públicos para utilização vinculada aos fins sociais da entidade e a cessão de servidores públicos.

A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisor signatário do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

2.3. Natureza jurídica do contrato de gestão

Maria Sylvia Di Pietro considera que, dificilmente, estarão presentes as características típicas de um contrato, quando os contratos de gestão são firmados entre órgãos da Administração Direta, tendo em vista não serem estes dotados de personalidade jurídica, atuando apenas em nome da pessoa jurídica em que estão integrados. Tais contratos, na realidade, seriam firmados entre representantes da **mesma pessoa jurídica**. Para a autora, não há, evidentemente, contraposição de interesses entre as partes contratantes, concluindo, portanto, que, nesses casos, a natureza jurídica do instituto seria a de “termos de compromissos” assumidos pelos dirigentes dos órgãos.

Mesmo no caso de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e entidades da Administração Indireta, Maria Sylvia considera difícil o enquadramento da natureza jurídica do instituto como contratual. Segundo a ilustre administrativista não pode haver, entre a Administração Direta e a Indireta, interesses opostos e contraditórios, uma das características presentes nos contratos em geral, concluindo, assim, que tais contratos se assemelhariam muito mais a convênios.

De modo geral, os autores apontam a necessidade, em nosso ordenamento, da existência de um acordo de vontades ditadas por interesses opostos e recíprocos para que se reconheça natureza contratual a um instituto, o que conceitualmente não poderia ocorrer entre a Administração e suas entidades e órgãos. Tratar-se-ia de simples acordos, em que se programam atuações conjuntas, visando a idênticos resultados de interesse comum.

É bastante questionada a possibilidade de existir contrato entre o Poder Público e seus administradores, uma vez que os órgãos públicos são apenas centros de competência, sem personalidade jurídica. Para alguns, a hierarquia existente na Administração Pública bastaria para a consecução do interesse público, baseado na lei.

De qualquer forma, após a EC 19/1998, não há que se questionar a constitucionalidade de leis que prevejam essa modalidade de ajuste, nem a legitimidade dos contratos celebrados sob sua égide. É certo, em razão do disposto no citado § 8º do art. 37 da CF, que estes ajustes possuem natureza jurídica contratual e que podem ser celebrados mesmo por órgãos públicos, centros de competência despersonalizados. Sem desprezar a necessidade de realizar-se uma interpretação sistemática do texto constitucional, especialmente no que se refere aos dispositivos pertinentes ao controle da Administração Pública, devemos assimilar esse instituto a nosso ordenamento embora ainda seja difícil a sua sistematização, em face de conceitos tradicionais como os de contrato, capacidade jurídica, órgão público etc.

3. TERCEIRO SETOR: AS ENTIDADES PARAESTATAIS

A expressão “entidades paraestatais” foi inicialmente difundida no direito administrativo brasileiro como gênero que compreenderia as pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, para a realização de serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado. Esse conceito, desenvolvido pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, abrangia, basicamente, as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) e os chamados serviços sociais autônomos (SESC, SENAI, Sesi etc.).

Entretanto, a inclusão das empresas públicas e das sociedades de economia mista entre as “entidades paraestatais” sempre foi criticada por autores importantes, uma vez que as empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a Administração Indireta. Ora, “paraestatal” significa “ao lado do Estado”, “paralelo ao Estado”. Entidades paraestatais, portanto, seriam aquelas pessoas jurídicas que atuam ao lado do Estado, sem com ele se confundirem. Ocorre que Administração Indireta é parte da Administração Pública. Logo, coerente seria, ou usar a expressão “entidades paraestatais” para designar todas as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, considerando “estatal” unicamente os entes federados, ou empregar o termo “entidades paraestatais” somente para pessoas jurídicas não integrantes da Administração Pública, tomando a noção de “estatal” como referente à “Administração Pública”. O que não soa consistente é escolher algumas das entidades integrantes da Administração Pública – aquelas que ostentem personalidade jurídica de direito privado – e classificá-las juntamente com outras pessoas jurídicas que **não integram** a Administração Pública, na mesma categoria.

Dessa forma, o tradicional conceito de “entidades paraestatais” (que compreendia as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos) não tem sido adotado pelos administrativistas hodiernos.

Nesta obra, seguindo as lições da Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro e do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, consideraremos “entidades paraestatais” exclusivamente pessoas privadas, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público, mas não exclusivas de Estado, recebendo fomento do Poder Público, e que **não integram a Administração Pública em sentido formal**. Vale frisar: não enquadraremos nenhuma entidade integrante da Administração Pública como “paraestatal”.

As entidades paraestatais integram o chamado **terceiro setor**, que pode ser definido como aquele composto por entidades privadas da sociedade civil, que prestam atividade de interesse social, por iniciativa privada, sem fins lucrativos. O terceiro setor coexiste com o **primeiro setor**, que é o próprio Estado, e com o **segundo setor**, que é o mercado.

A partir da Reforma Administrativa, com a defesa das idéias liberais, dentre as quais avulta a de que o Estado deve ser o menor possível, restringindo sua atuação exclusivamente às áreas em que seja indispensável a presença direta do Poder Público, as entidades paraestatais, integrantes do terceiro setor, têm sido fortalecidas. Com efeito, ao lado das figuras já existentes em nosso Direito (por exemplo, os serviços sociais autônomos), criaram-se entidades e regulamentaram-se institutos cuja finalidade precípua foi possibilitar e incentivar a prestação de serviços de interesse da coletivi-

dade por pessoas privadas, **não integrantes da Administração Pública**. Tais institutos, de que é exemplo mais ilustrativo o contrato de gestão, visam a permitir que o Estado participe do financiamento desses serviços, transferindo recursos públicos a essas entidades, e controle o atingimento de metas com as quais elas devem se comprometer.

No conceito de **entidades paraestatais** que adotamos estão enquadrados:

- a) os serviços sociais autônomos;
- b) as organizações sociais;
- c) as organizações da sociedade civil de interesse coletivo (OSCIP);
- d) as “entidades de apoio”.

3.1. Serviços sociais autônomos

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas privadas, no mais das vezes criadas por entidades privadas representativas de categorias econômicas (Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional do Transporte, dentre outras). Embora eles não integrem a administração pública, nem sejam instituídos pelo poder público, sua criação é prevista em lei. A aquisição de sua personalidade jurídica ocorre quando a entidade privada instituidora inscreve os respectivos atos constitutivos no registro civil das pessoas jurídicas. Eles são instituídos sob formas jurídicas comuns, próprias das entidades privadas sem fins lucrativos, tais como associações civis ou fundações.

Os serviços sociais autônomos têm por objeto uma atividade social, não lucrativa, usualmente direcionada ao aprendizado profissionalizante, à prestação de serviços assistenciais ou de utilidade pública, tendo como beneficiários determinados grupos sociais ou profissionais.

São mantidos por recursos oriundos de contribuições sociais de natureza tributária, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes definidos em lei, bem como mediante dotações orçamentárias do Poder Público.

Pelo fato de receberem e utilizarem recursos públicos, estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União – TCU.

São exemplos de serviços sociais autônomos: Serviço Social da Indústria – Sesi, Serviço Social do Comércio – Sesc, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Senar, Serviço Social do Transporte – Sest, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – Senat.

Os principais aspectos que caracterizam esses entes são os seguintes:

- a) sua criação é prevista em lei;
- b) têm por objeto uma atividade social, não lucrativa, normalmente direcionada para a prestação de um serviço de utilidade pública, beneficiando certo grupo social ou profissional;
- c) são mantidos por recursos oriundos de contribuições sociais de natureza tributária, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes definidos em lei (são recolhidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e repassadas às entidades beneficiárias), bem como mediante dotações orçamentárias do Poder Público;
- d) seus empregados estão sujeitos à legislação trabalhista;
- e) pelo fato de administrarem recursos públicos, estão sujeitos a certas normas de direito público, especialmente normas de controle, tais quais a obrigação de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, o enquadramento de seus empregados como funcionários públicos para fins penais (CP, art. 327), a sujeição à lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

O Tribunal de Contas da União decidiu que os serviços sociais autônomos não se submetem à lei de licitações (Lei nº 8.666/1993). Entretanto, não são livres para contratar; devem eles elaborar e publicar regulamentos próprios, definindo as regras relativas aos contratos que venham a celebrar, inclusive aos critérios para a escolha do contratado, observados os princípios da licitação (TCU, Decisão Plenária nº 907/1997).

3.2. Organizações sociais

3.2.1. Conceito

Maria Sylvia Di Pietro assim define as organizações sociais:

“Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.”

A definição da Prof^a. Maria Sylvia, a nosso ver, faz oportunas duas observações: a autora fala em “delegação”, mas entendemos que não há uma

delegação de serviço público em sentido próprio. Vale dizer, não há contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos, não há licitação prévia, não há possibilidade de intervenção, de encampação ou de decretação de caducidade pelo Poder Público, para citar alguns exemplos de diferenças relevantes. Em suma, o seu regime jurídico é bastante diferente do aplicável às delegatárias de serviços públicos propriamente ditas.

A segunda observação é que, embora na definição da ilustre publicista conste que as organizações sociais prestam serviço público, não se trata, segundo pensamos, de serviço público em sentido estrito, isto é, o regime jurídico a que se sujeitam as atividades desempenhadas pelas organizações sociais é parcialmente público, mas não é o mesmo regime rígido de direito público aplicável aos serviços públicos propriamente ditos, que estudaremos em outro ponto desta obra.

Observamos, por fim, que a “fundação” a que se refere Maria Sylvia no excerto em comento é fundação privada, não integrante da Administração Pública (não é uma fundação pública com personalidade jurídica de direito privado).

A Lei nº 9.637/1998 afirma que o Poder Executivo poderá qualificar como **organizações sociais** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Como se vê, não se trata de nova categoria de pessoas jurídicas, mas apenas de uma qualificação especial, um título jurídico concedido pelo Poder Público a determinadas entidades privadas, sem fins lucrativos, que atendam a certas exigências legais. Não integram a Administração Direta nem a Administração Indireta; são entidades da iniciativa privada que, sem finalidade lucrativa, associam-se ao Estado para a realização de atividades de interesse coletivo, recebendo uma qualificação especial para tanto.

São três, basicamente, os pressupostos a serem cumpridos pelas pessoas qualificadas como organizações sociais:

- 1º) devem ter personalidade jurídica de direito privado;
- 2º) não podem ter finalidade lucrativa;
- 3º) devem atuar nas atividades de ensino, cultura, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e preservação do meio ambiente.

As organizações sociais são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. A organização social, entretanto, não é delegatária de serviço público (não atua sob concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), ou seja, não estará exercendo atividades públicas em nome do

Estado, mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos etc.

As organizações sociais foram idealizadas para “absorver” atividades não exclusivas de Estado realizadas por entidades estatais a serem extintas. A Lei nº 9.637/1998 chama de “publicização” essa absorção pelas organizações sociais de serviços de interesse social antes prestados por entidades administrativas extintas (art. 20). Parece-nos evidente que a escolha do vocábulo “publicização” foi de uma infelicidade supina, uma vez que se trata de “absorção” por entidade **privada** de atividade antes executada pelo setor público. Aparentemente, a lei quis transmitir a idéia de que a atividade da organização social é privada, porém “publicizada” – isto é, sujeita a determinadas normas de direito público – em razão do fomento recebido do Poder Público e dos conseqüentes controles decorrentes da utilização de bens e recursos públicos.

As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

As organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Tais bens serão destinados às organizações sociais, **dispensada licitação**, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

É facultada ainda, ao Poder Executivo, a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para o órgão de origem do servidor cedido. Nessa hipótese, o governo cederá servidor seu para trabalhar nas organizações sociais, assumindo o ônus do pagamento de sua remuneração.

Vale registrar que a Lei nº 9.648/1998, acrescentou um inciso ao art. 24 da Lei nº 8.666/1993, artigo este que disciplina as hipóteses de licitação dispensável, possibilitando a dispensa de licitação na “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”.

É importante enfatizar essa regra: **a Administração Pública, ao contratar serviços a serem prestados pelas organizações sociais (a organização social é a entidade contratada), está dispensada de realizar licitação**, desde que aquele serviço esteja previsto no contrato de gestão celebrado pela organização social.

Por último, quando a organização social é a entidade contratante, e o contrato, relativo a obras, compras, serviços e alienações, envolver recursos ou bens repassados a ela **pela União**, previstos no contrato de gestão, deverá

ser realizada, pela organização social, **licitação pública** prévia, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. Caso se trate de aquisição de **bens e serviços comuns**, será obrigatório o emprego da **modalidade pregão**, preferencialmente o pregão eletrônico. Tais exigências constam expressamente do Decreto nº 5.504, de 05.08.2005, art. 1º, e seus §§ 1º e 5º.

3.2.2. *O contrato de gestão firmado pelas organizações sociais*

A Lei nº 9.637/1998 define como contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades mencionadas acima.

O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as obrigações do Poder Público e da organização social.

O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

- 1) obrigações da organização social: especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das **metas a serem atingidas** e os respectivos prazos de execução;
- 2) previsão expressa dos **critérios objetivos de avaliação de desempenho** a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- 3) limites e critérios para despesa com **remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados** das organizações sociais, no exercício de suas funções;
- 4) os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

3.2.3. *Fiscalização da execução do contrato de gestão*

A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

3.2.4. Desqualificação da entidade como organização social

O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

A desqualificação implicará a **reversão** dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

3.3. Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)

A Lei nº 9.790, de 23.03.1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30.06.1999, instituiu um novo regime de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada: as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Mais uma vez, trata-se de modalidade de qualificação jurídica a ser atribuída a algumas pessoas de direito privado em razão de atividades que estas venham a desenvolver em regime de parceria com o Poder Público.

Assim como nas organizações sociais, a lei não instituiu uma nova categoria de pessoa jurídica, mas sim criou a possibilidade de que pessoas jurídicas de direito privado venham a ser qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, desde que atendidos certos requisitos legais.

A Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro assim conceitua as organizações da sociedade civil de interesse público:

“Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.”

Como se vê, o regime estabelecido pela Lei nº 9.790/1999 para a qualificação de pessoas privadas como organização da sociedade civil de interesse público é muito parecido com aquele estabelecido pela Lei nº 9.637/1998 para as organizações sociais. Em ambos os casos, trata-se de pessoas privadas, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e recebem uma qualificação do Poder Público, observadas as exigências legais: essa qualificação será de “organização social” (ato discricionário), em um caso, e de “organização da sociedade civil de interesse público” (ato vinculado), em outro.

Na opinião da Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro, a diferença fundamental é que a organização social “recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado”. Consideramos oportuno observar que, a nosso ver, o regime jurídico a que se sujeita a atividade desempenhada pelas organizações sociais é parcialmente público, mas não é o mesmo regime rígido de direito público aplicável aos serviços públicos propriamente ditos; ademais as organizações sociais não recebem, segundo pensamos, uma delegação de serviços públicos propriamente dita, porque, exemplificando, não há contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos, não há licitação prévia, não há possibilidade de intervenção, de encampação ou de decretação de caducidade pelo Poder Público.

3.3.1. *Conceituação de entidade sem fins lucrativos para os fins de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público*

A Lei nº 9.790/1999 preocupou-se em definir, para o fim de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, o que seria a entidade sem fins lucrativos, assim considerada aquela que “não distribui,

entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

3.3.2. *Pessoas que não podem ser qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público*

A Lei nº 9.790/1999 excluiu expressamente certas pessoas jurídicas do regime de parceria nela estabelecido, dispondo que não poderão ser qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público:

- a) as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- b) as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- c) as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- d) as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- e) as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- f) as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- g) as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- h) as organizações sociais;
- i) as cooperativas;
- j) as fundações públicas;
- l) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- m) as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

3.3.3. *Áreas de atuação das organizações da sociedade civil de interesse público*

As organizações da sociedade civil de interesse público deverão atuar em uma das seguintes áreas:

- a) assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) promoção gratuita da educação ou da saúde;
- d) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- e) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- f) promoção do voluntariado;
- g) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- h) experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- i) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- j) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos.

3.3.4. *Requerimento da qualificação*

O requerimento da qualificação como organização da sociedade civil de interesse público deverá ser formalizado perante o Ministério da Justiça, que, verificando o atendimento dos requisitos previstos na lei e o fato de não se enquadrar a pessoa privada entre aquelas vedadas por lei, deferirá o pedido e expedirá o certificado de qualificação.

Nos termos do Decreto nº 3.100/1999, “o Ministério da Justiça, após o recebimento do requerimento, terá o prazo de trinta dias para deferir ou não o pedido de qualificação, ato que será publicado no Diário Oficial da União no prazo máximo de quinze dias da decisão” (art. 3º). Se deferir o pedido, o Ministério da Justiça emitirá, no prazo de quinze dias da decisão, o certificado de organização da sociedade civil de interesse público para a requerente. A pessoa jurídica sem fins lucrativos que tiver seu pedido de qualificação indeferido poderá reapresentá-lo a qualquer tempo.

É interessante observar que o ato de qualificação de uma pessoa jurídica como OSCIP é um ato vinculado. Com efeito, a Lei nº 9.790/1999 explicita esse fato no § 2º de seu art. 1º e, sobretudo, no § 3º de seu art. 6º, segundo o qual o pedido **só pode ser indeferido** na hipótese de a pessoa jurídica requerente desatender a algum dos requisitos legais. Por outras palavras, a pessoa jurídica que satisfaça todas as exigências legais **tem direito**, caso requeira, a ser qualificada como OSCIP.

Essa é uma diferença relevante entre as OSCIP e as organizações sociais. Deveras, a qualificação como organização social é ato amplamente discricionário, cabendo ao Ministro de Estado ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da organização social decidir quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação (Lei nº 9.637/1998, art. 2º, inciso II).

3.3.5. *Formalização da parceria*

O vínculo entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público é estabelecido mediante a celebração de **termo de parceria**, no qual deverão estar previstos, de modo detalhado, os direitos e as obrigações dos pactuantes, tais como o objeto do ajuste, as metas a serem alcançadas, os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, a obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, acompanhado da prestação de contas etc.

A escolha da organização da sociedade civil de interesse público, para a celebração do termo de parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para a obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar termo de parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado (Decreto nº 3.100/1999, art. 23).

Nos contratos, em que a OSCIP seja contratante, relativos a obras, compras, serviços e alienações, que envolvam recursos ou bens repassados à OSCIP **pela União**, previstos no termo de parceria, deverá ser realizada, pela OSCIP, **licitação pública** prévia, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. Caso se trate de aquisição de **bens e serviços comuns**, será obrigatório o emprego da **modalidade pregão**, preferencialmente o pregão eletrônico. Tais exigências constam expressamente do Decreto nº 5.504, de 05.08.2005, art. 1º, e seus §§ 1º e 5º.

3.3.6. *Controle*

A execução do termo de parceria será supervisionada pelo órgão do Poder Público da área de atuação da atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

3.3.7. *Desqualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público*

A entidade que deixar de preencher, posteriormente, os requisitos exigidos na lei sofrerá a perda da qualificação como organização da sociedade civil de interesse público, exigindo a lei, para tanto, processo administrativo, instaurado a pedido do Ministério Público ou de qualquer cidadão, em que se lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

Conforme disposto no Decreto nº 3.100/1999, “qualquer cidadão, vedado o anonimato e respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, desde que amparado por evidências de erro ou fraude, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 4º). O mesmo dispositivo estabelece que “a perda da qualificação dar-se-á mediante decisão proferida em processo administrativo, instaurado no Ministério da Justiça, de ofício ou a pedido do interessado, ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, nos quais serão assegurados a ampla defesa e o contraditório”.

Ocorrendo malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade, para que seja requerida ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens de seus dirigentes, bem assim de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

3.3.8. *Distinções entre organização social e organização da sociedade civil de interesse público*

Conforme dissemos antes, o regime estabelecido pela Lei nº 9.790/1999 para a qualificação de pessoas privadas como organização da sociedade civil de interesse público é muito parecido com aquele estabelecido pela Lei nº 9.637/1998 para as organizações sociais. Em ambos os casos, trata-se de pessoas privadas, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e recebem uma qualificação do Poder Público, observadas as exigências legais: essa qualificação será de “organização social” (ato discricionário), em um caso, e de “organização da sociedade civil de interesse público” (ato vinculado), em outro.

Existem, porém, algumas dessemelhanças estabelecidas pelo legislador, a saber:

- a) participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: a participação de agentes do Poder Público no conselho de administração é obrigatória nas organizações sociais; não há essa exigência nas organizações da sociedade civil de interesse público (na realidade, nem mesmo é exigida pela Lei nº 9.790/1999 a existência de um conselho de administração nas OSCIP, mas apenas a de um conselho fiscal);
- b) instrumento da formalização da parceria: nas organizações sociais o vínculo entre a entidade privada e o Poder Público é formalizado mediante a celebração de **contrato de gestão**; nas organizações da sociedade civil de interesse público, mediante **termo de parceria**;
- c) exigências de ordem contábil/fiscal: para a entidade privada qualificar-se como organização da sociedade civil de interesse público são exigidos, entre outros documentos, o balanço patrimonial e o demonstrativo de resultados do exercício, bem como a declaração de isenção do imposto de renda; para a qualificação como organização social não há tais exigências.

Além dessas distinções, a Profa Maria Sylvia Di Pietro ensina que “nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública”.

Na opinião da Profa Maria Sylvia Di Pietro, a diferença fundamental entre OSCIP e organização social é que a organização social “recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado”. Consideramos oportuno observar que, a nosso ver, o regime jurídico a que se sujeita a atividade desempenhada pelas organizações sociais é parcialmente público, mas não é o mesmo regime rígido de direito público aplicável aos serviços públicos propriamente ditos; ademais as organizações sociais não recebem, segundo pensamos, uma delegação de serviços públicos propriamente dita, porque, exemplificando, não há contrato de concessão ou de permissão de serviços públicos, não há licitação prévia, não há possibilidade de intervenção, de encampação ou de decretação de caducidade pelo Poder Público.

3.4. Entidades de apoio

Segundo preleciona Maria Sylvia Di Pietro, “por entidades de apoio podem-se entender as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob forma de

fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio”.

Essas entidades de apoio não têm uma lei geral que as regule. As únicas que têm regramento legal são as denominadas “fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica”, que estão disciplinadas na Lei nº 8.958, de 20.12.1994.

A Lei nº 8.958/1994 determina que as referidas entidades sejam “constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro” (art. 2º). As “fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica” devem estar registradas e credenciadas nos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia, sendo exigida a renovação do registro e credenciamento a cada dois anos. Seu pessoal é regido pela legislação trabalhista. Além disso, estão sujeitas a “fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil”.

Uma regra importante da lei em comento enquadra como licitação dispensável (inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993) a contratação, por prazo determinado, pelas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, dessas fundações criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes. Em poucas palavras, a contratação de serviços dessas “fundações de apoio” pelas universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica pode ser feita com dispensa de licitação.

O art. 6º da lei possibilita que as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizem bens e serviços da instituição federal contratante, **mediante ressarcimento** e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas. Vale enfatizar: o uso dos bens e serviços da instituição federal de ensino superior ou de pesquisa científica e tecnológica deve obrigatoriamente ser remunerado pela “fundação de apoio” contratada.

Admite a lei, também, que as instituições federais contratantes autorizem a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas “fundações de apoio”, sem prejuízo de suas atribuições funcionais (art. 4º). Essa participação de servidores nas atividades das “fundações de apoio” contratadas não pode, em regra, ocorrer durante a jornada de trabalho a que eles estão sujeitos na

instituição federal contratante, e não cria entre eles e as fundações vínculo empregatício de qualquer natureza.

Essas “fundações de apoio” submetem-se a normas de direito público – a exemplo da exigência de licitação prévia quando forem contratantes de obras, compras e serviços, e da sujeição à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União – sempre que estejam executando convênios, contratos, acordos ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos.

Finalizando, repetimos que as regras que foram aqui detalhadas – constantes da Lei nº 8.958/1994 – aplicam-se exclusivamente a uma das espécies de “entidades de apoio”: as “fundações de apoio às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica”. As demais não têm uma lei própria que as regule. Não obstante, sempre que receberem ou de qualquer modo utilizarem recursos públicos no desenvolvimento de suas atividades, estarão sujeitas às regras básicas de Direito Público aplicáveis a toda e qualquer pessoa que de alguma forma administre recursos públicos.

4. AGÊNCIAS EXECUTIVAS

As denominadas **agências executivas** não são uma espécie de pessoa jurídica, distinta das quatro entidades que a Constituição de 1988 – encampando o critério formal aduzido a nosso ordenamento federal pelo Decreto-Lei nº 200/1967 – enumera como integrantes da Administração Pública brasileira. Trata-se, simplesmente, de uma **qualificação** que poderá ser conferida pelo Poder Público às autarquias e às fundações públicas que com ele celebrem o contrato de gestão a que se refere o § 8º do art. 37 da Carta Política, e atendam aos demais requisitos fixados pela Lei nº 9.649/1998.

Genericamente, os referidos contratos de gestão são firmados entre o Poder Público e entidades da Administração Indireta (ou órgãos da Administração Direta) possibilitando a ampliação de sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira – sem prejuízo do controle finalístico, previsto em lei, a que se sujeitam todas as entidades da Administração Indireta. Têm eles por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade, a qual se compromete a cumpri-las, nos prazos estipulados, fazendo jus, em contrapartida, à mencionada ampliação de autonomia. O atingimento das metas estabelecidas será aferido pelo Poder Público segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho descritos no próprio contrato de gestão.

Especificamente, quando o contrato de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição for firmado entre o Poder Público e uma autarquia ou uma fundação pública, ela **poderá** ser qualificada como **agência executiva**. Com efeito, estabelece o art. 51 da Lei nº 9.649/1998:

“Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.”

O § 2º desse artigo incumbiu o Poder Executivo de editar medidas de organização administrativa específicas para as agências executivas, visando a assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos contratos de gestão. Tais medidas foram estabelecidas no Decreto nº 2.488/1998.

Preceitua o art. 52 da Lei nº 9.649/1998 que os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional, aludidos no supratranscrito art. 51, devem definir diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da agência executiva.

O § 2º desse artigo atribui ao Poder Executivo a tarefa de definir os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos contratos de gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das agências executivas. Essas disposições encontram-se no Decreto nº 2.487/1998.

O contrato de gestão a ser firmado para que a autarquia ou fundação pública possa ser qualificada como agência executiva deverá conter, dentre outras, cláusulas que disponham sobre: (a) a definição das metas a serem atingidas, os prazos de consecução, os indicadores de desempenho e critérios de avaliação do cumprimento das metas; (b) a compatibilidade dos planos de ação anuais com o orçamento da entidade; (c) as medidas legais e administrativas a serem adotadas para assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e administrativa e para assegurar a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros imprescindíveis ao cumprimento dos objetivos e metas; (d) as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das metas; (e) as condições para revisão, renovação e rescisão; (f) a vigência do contrato.

Após a celebração do contrato de gestão, o reconhecimento como agência executiva é feito por **decreto**. Conforme anteriormente explicado, essa qualificação implica o reconhecimento de um regime jurídico especial, que confere tratamento diferenciado à fundação pública ou à autarquia, sobretu-

do quanto à autonomia de gestão. Caso a entidade descumpra os requisitos e exigências previstos na lei e no contrato de gestão, poderá ocorrer sua desqualificação, também mediante **decreto**, caso em que ela, simplesmente, deixará de ser uma agência executiva, sem sofrer, entretanto, qualquer alteração na sua condição de autarquia ou de fundação pública, ou nas suas competências e finalidades.

O contrato de gestão terá a duração mínima de um ano, admitida, em caráter excepcional, a revisão, devidamente justificada, de suas disposições, bem como a sua renovação. Por ocasião do termo final do contrato de gestão, será realizada, pelo Poder Público, avaliação conclusiva sobre os resultados alcançados, sendo necessária a aprovação nessa avaliação para que possa haver a renovação do contrato e, portanto, a permanência da qualificação da entidade como agência executiva.

Por fim, vale lembrar que o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.666 ampliou, para as agências executivas, os limites de valor de contratações até os quais a licitação é dispensável. Para a Administração em geral, é dispensável a licitação quando o valor do contrato é de até 10% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite. Para as agências executivas (assim como para os consórcios públicos, as empresas públicas e as sociedades de economia mista) esse limite até o qual a licitação é dispensável é o dobro, ou seja, 20% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite.

5. AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1. Introdução

A figura das agências reguladoras, da forma em que hoje se apresentam em nosso ordenamento positivo, surgiu no Brasil (e passou a ser objeto de intensas discussões doutrinárias) em decorrência da orientação política e econômica implantada no País no início da década de 90. Como já mencionamos, a linha de atuação de nossos governantes, desde então, costuma ser identificada com aquilo que tem sido chamado, por muitos, neoliberalismo, e constitui uma tendência mundial.

Embora a expressão neoliberalismo seja muito criticada por importantes autores nos campos da Economia e do Direito, importa-nos identificar as diretrizes mestras da atual política econômica e seus profundos reflexos em nosso Direito, mormente nos Direitos Constitucional e Administrativo.

Em poucas palavras, a tese central é de que o Estado é muito menos eficiente do que o setor privado quando desenvolve diretamente atividades

econômicas em sentido amplo, abrangendo a prestação de serviços públicos propriamente ditos, a prestação de serviços de natureza puramente econômica e a exploração de atividades industriais e comerciais. Vale dizer, entende-se que o Estado não é eficiente quando produz, diretamente, bens ou utilidades.

Com fulcro nessa tese, propugna-se a redução, ao máximo, do tamanho da máquina estatal (doutrina do Estado mínimo). Reconhece-se, todavia, quase unanimemente, que existem determinadas atividades que somente podem ser desenvolvidas pelo Estado. Costumam ser mencionadas atividades como a prestação jurisdicional, a elaboração legislativa, a defesa nacional, as relações diplomáticas, e, mais relevante para este tópico, a **regulação** das atividades econômicas desenvolvidas pelo setor privado (a enumeração das atividades consideradas típicas de Estado não é tarefa possível, pois depende, essencialmente, de posições ideológicas).

O estudo das agências reguladoras, portanto, enquadra-se no estudo, mais abrangente (e muito mais antigo), das atividades regulatórias do Estado, ou seja, da intervenção do Estado nas relações econômicas privadas. A verdade é que, desde o fim do Liberalismo clássico, todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente reconhecem a necessidade de que o Estado intervenha em atividades desenvolvidas pelo setor privado e conferem ao Estado inúmeros instrumentos para que ele possa desempenhar as diversas formas de intervenção existentes.

Não é novidade, portanto, o fato de reconhecer-se ao Estado a necessidade de intervenção no setor econômico. O grande interesse que têm despertado, em importantes estudiosos, as atuais agências reguladoras decorre exatamente dessa tendência de retirada do Estado brasileiro das atividades de produção direta de bens e prestação de serviços (abandono da postura de Estado-empresário) e do conseqüente fortalecimento da necessidade de intervenção nos setores que ele deixa de explorar diretamente.

Este é um ponto de grande importância: o aumento da necessidade de regulação é conseqüência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção no domínio econômico.

Conforme preleciona o ilustre Professor Carlos Ari Sundfeld, “se o Estado abdicasse totalmente do poder de interferir na prestação de serviços públicos privatizados e na correspondente estrutura empresarial, correria o risco de assistir, passivamente, ao colapso de setores essenciais para o País, como o setor elétrico e o de telecomunicações. O Estado necessita, ainda, impedir

práticas anticoncorrenciais, o que não pode, de forma nenhuma, ser deixado ao encargo da ‘mão invisível’ do mercado. Existe, também, a necessidade de proteção dos interesses dos usuários e de assegurar a universalização dos serviços públicos, possibilitando que eles sejam prestados aos milhões de excluídos existentes no Brasil (pessoas sem acesso a saneamento básico, energia elétrica, meios de transporte coletivo, telefones etc.).”

Em vista desse processo, não é raro que seja feita alguma confusão entre agências reguladoras e processo de privatização de empresas estatais. Deve ficar claro que essa relação não é obrigatória. É evidente que o processo de desestatização na prestação de serviços públicos sempre leva à necessidade de regulação. Entretanto, precisamos atentar para os seguintes fatos:

- 1) a regulação não é exercida somente sobre os serviços públicos desestatizados. O Estado regula atividades econômicas as mais diversas, em setores como sistema financeiro, o mercado de petróleo e combustíveis, o sistema portuário, os serviços suplementares de saúde (“planos de saúde”) etc. Muitos desses setores jamais foram explorados diretamente pelo Estado e outros podem continuar sendo, como é o caso do petróleo, que, embora explorado por uma sociedade de economia mista federal (não mais em regime de exclusividade), está submetido a uma agência reguladora instituída nos moldes atuais;
- 2) a atividade regulatória não é exclusiva das denominadas agências reguladoras, instituídas nos moldes atuais. Basta mencionarmos o caso do Sistema Financeiro Nacional, regulado pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional, e o da regulação do mercado de capitais, efetuada pela Comissão de Valores Mobiliários. Além disso, a atividade regulatória, em sentido amplo, é exercida também pela Administração Centralizada e, ainda, pelo Poder Legislativo; e
- 3) a atividade regulatória não obrigatoriamente incide sobre um setor específico da economia ou sobre um serviço público determinado. Há órgãos encarregados de exercer atividade de regulação que, além de não revestirem a forma jurídica típica das agências reguladoras, atuam sobre um extenso espectro de setores e atividades, como é o caso dos órgãos de defesa da concorrência (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, existente desde 1962 e reestruturado em 1994), dos órgãos de defesa do consumidor e dos órgãos de defesa do meio ambiente.

Portanto, a criação de agências reguladoras não é sinônimo do processo de privatização das empresas estatais, prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades puramente econômicas. Trata-se de processos intimamente relacionados, mas a relação não é biunívoca.

O termo “agências reguladoras”, atualmente utilizado pelo legislador brasileiro na instituição dessa nova geração de entes especificamente encarregados

da regulação econômica, foi importado do Direito norte-americano, no qual é utilizada a expressão *agencies*. Na verdade, as origens e o desenvolvimento da regulação econômica nos Estados Unidos guardam muito poucos pontos em comum com o que se tem verificado no Brasil. Nosso modelo assemelha-se muito mais ao padrão europeu continental, de implantação muito mais recente do que o das “agências” americanas. Na Europa continental, o processo de aumento das atividades regulatórias do Estado como consequência da redução de seu papel de empresário e prestador de serviços foi bastante similar ao que aqui tem ocorrido. A expressão comumente empregada pelos países europeus é “entes administrativos independentes” (França, Portugal e Espanha) e designa um modelo jurídico parecido com o nosso.

Como veremos no tópico seguinte, as agências reguladoras brasileiras não são novas entidades jurídicas acrescentadas à estrutura formal da Administração Pública. As leis que vêm instituindo essas agências têm-lhes conferido a forma de autarquias de regime especial. Trata-se, portanto, de entidade há muito disciplinada em nosso ordenamento, integrante da denominada Administração Indireta, conforme delineada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, e expressamente referida na Constituição de 1988.

Convém mencionar que não existe uma “lei geral das agências reguladoras”, e nem mesmo uma definição legal de “agência reguladora”. Os autores, em vista da heterogeneidade de aspectos que essas figuras jurídicas apresentam, costumam apontar as características mais freqüentemente observáveis nas mais importantes agências, conquanto sua presença não seja sempre obrigatória e o grau em que se apresentam seja bastante variável. Embora entendamos que não seja possível, hoje, estabelecer com segurança uma definição jurídica de “agência reguladora”, propomos o seguinte esboço, aplicável às agências reguladoras brasileiras atuais: trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da Administração Pública, instituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).

Por fim, registramos que o Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007, instituiu o assim chamado “Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG”, visando a “contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório exercido no âmbito do Governo Federal, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados”, sen-

do uma de suas diretrizes (dentre muitas outras) “contemplar a formulação e implementação de medidas integradas que objetivem o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras”.

5.2. Forma jurídica

A Constituição Federal não utiliza o termo “agência reguladora”. Seu texto, entretanto, em decorrência de alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 8 e nº 9, ambas de 1995, menciona, em dois dispositivos, “órgão regulador”.

O art. 21, XI, da Carta Política, prevê que a lei disponha sobre a organização dos serviços de **telecomunicações**, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais. Além desse dispositivo, o art. 177, § 2º, III, determina que a lei disponha sobre a “estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União” sobre o **petróleo**.

Deve-se observar que o vocábulo “órgão” está empregado nesses dispositivos constitucionais em sentido amplo, ou seja, o texto constitucional não pretendeu estabelecer a obrigatoriedade de que a regulação das atividades mencionadas fosse exercida por meio de órgãos propriamente ditos – centros de competência despersonalizados integrantes da estrutura da Administração Direta, cuja atuação é a ela imputada.

Com efeito, as leis que criaram os “órgãos” reguladores previstos no texto constitucional foram a Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a qual instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e a Lei nº 9.478, de 6.08.1997, que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Ambas as agências foram criadas, pelas respectivas leis, sob a forma jurídica de “autarquia de regime especial”, sendo a ANATEL vinculada ao Ministério das Comunicações, e a ANP vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

Cabe enfatizar esse ponto: no Brasil, somente dois entes reguladores, a ANATEL e a ANP, possuem base constitucional expressa. As demais agências reguladoras são criadas exclusivamente pela lei.

As diversas leis até hoje editadas têm adotado, para as agências reguladoras que instituem, a forma de autarquia. Embora a forma jurídica adotada venha sendo a de autarquia, não há obrigatoriedade de que seja sempre assim. As agências reguladoras poderiam, simplesmente, ser órgãos (despersonalizados) especializados integrantes da estrutura da própria Administração Direta. Todavia, nesse caso, o modelo que se tencionou importar restaria irreversivelmente desfigurado, pois, como veremos, a “independência” perante o Poder

Executivo é defendida, no Direito comparado, como atributo essencial dos entes reguladores da economia.

Ao optar pela criação de autarquias, o legislador evita alguns problemas, porém depara-se com outros.

As autarquias, como já estudamos, são unanimemente descritas como pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Indireta, instituídas para o desempenho de funções típicas de Estado. O Supremo Tribunal Federal já manifestou posição no sentido de que determinadas atribuições somente podem ser conferidas a pessoas de direito público.

Para o Tribunal Excelso, nem mesmo a lei pode cometer a pessoas jurídicas de direito privado o exercício de atividades típicas de Estado. Tal entendimento foi perfilhado no julgamento da ADIn 1.717-6, de 22.09.99, na qual foi impugnado o art. 58 da Lei nº 9.649/1998, que previa a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, mediante autorização legislativa. Em sua decisão, o Pretório Maior propugnou a tese de que o serviço de fiscalização de profissões regulamentadas constitui atividade típica do Estado, envolvendo, também, poder de polícia e aplicação de sanções, sendo, por esse motivo, insusceptível de delegação a entidades privadas.

Ora, não há controvérsia sobre serem as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras típicas de Estado. O exercício de poder de polícia, incluída a aplicação de sanções, é inerente às funções destas entidades, sendo totalmente inconcebível uma agência reguladora que não exerça fiscalização ou que não aplique penalidades administrativas. Por esse motivo, não restou opção ao legislador: ou ele instituída as agências reguladoras como pessoas jurídicas de direito público, ou certamente o STF declararia inconstitucional a lei que diversamente dispusesse.

Entretanto, embora resolva o problema da necessidade de que as agências reguladoras possuam personalidade de direito público, a adoção da forma jurídica de autarquias traz outros problemas concernentes à compatibilização do modelo que se pretendeu adotar para tais agências e a disciplina jurídica já há muito existente em nosso ordenamento sobre as autarquias.

Conforme veremos adiante, uma das mais importantes (se não a principal) características do modelo de agências reguladoras que temos adotado é sua “independência” perante o Poder Executivo. Ocorre que, ao adotar a forma de autarquia, o legislador automaticamente inseriu as agências na estrutura formal da Administração Pública Indireta. Sendo integrantes da Administração Indireta, essas entidades não escapam às determinações constitucionais que as submetem ao controle administrativo (controle exercido pelo Poder Executivo), especialmente à supervisão ministerial (CF, art. 87, parágrafo único, I), e que

atribuem ao Presidente da República a competência privativa e indelegável para exercer a direção superior da Administração federal (CF, art. 84, II).

A fim de atenuar essa limitação incontornável, o legislador atribuiu às atuais agências o *status* de autarquias em regime especial. Como já estudamos, não existe uma definição legal própria e uniforme do que seja este “regime especial”. O que se observa é que, sempre que o legislador desejou conceder prerrogativas especiais a determinada autarquia, mormente as relacionadas à ampliação de autonomia administrativa e financeira, instituiu-a sob a denominação de “autarquia em regime especial” e estabeleceu, na própria lei de instituição, as características próprias daquele particular “regime especial”.

No caso das agências reguladoras da atual geração, a designação “regime especial” é utilizada em razão de possuírem elas razoável independência em relação ao Poder Executivo.

Para exemplificar, reproduzimos o § 2º do art. 8º e o art. 9º, ambos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), que instituiu a ANATEL, a qual é, de forma geral, considerada a “mais independente” das atuais agências reguladoras:

Art. 8º, § 2º – “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

Art. 9º – “A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”

Em síntese, as atuais agências reguladoras têm sido instituídas sob a forma de autarquias. Com isso, podem exercer atribuições típicas do Poder Público, uma vez que possuem personalidade jurídica de direito público. Entretanto, sendo autarquias, integram formalmente a Administração Pública, estando sujeitas a todos os controles constitucionalmente previstos. Para conferir maior “independência” às agências reguladoras, característica essencial do modelo que se pretendeu adotar no Brasil, o legislador tem atribuído a elas o *status* de “autarquia em regime especial”, o que só traduzir-se, nos termos de cada lei instituidora, em prerrogativas especiais, normalmente relacionadas à ampliação de sua autonomia administrativa e financeira.

5.3. Características

A gama de atribuições, as prerrogativas, a área de atuação, o grau de intervenção, enfim, as características essenciais das agências reguladoras

brasileiras não são, de forma alguma, homogêneas. Em verdade, cada lei estabelece as características da agência que institui, conforme especificidades do setor em que ela atuará, e conforme a orientação política, a forma e o nível de intervenção que se pretende concretizar.

A maioria dos autores enfatiza o fato de serem muito poucas as características comuns a todas as agências reguladoras (alguns negam a existência desse núcleo comum que permitiria tratá-las como categoria ontológica). Os modelos adotados não são coincidentes e as competências nem sempre podem ser comparadas. Para o Professor Carlos Ari Sundfeld, as agências reguladoras têm em comum o fato de exercerem atividade típica de Estado: “edição de normas, fiscalização, aplicação de sanções, solução de conflitos privados, solução de reclamações dos consumidores”. Ensina o eminente autor que as agências reguladoras desenvolvem uma tripla regulação: a “regulação dos monopólios”, a “regulação para a competição” e a “regulação social”, esta última visando à universalização dos serviços. Ainda, as agências reguladoras teriam em comum, “o fato de agirem sem subordinação ao Executivo”.

O Doutor Floriano Azevedo Marques Neto, em precisa síntese, preleciona que “os instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal caracterizam-se como sendo entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstritos a um dado setor da vida humana).” O autor ensina que o surgimento desses órgãos coincide com um novo estágio da regulação estatal, marcado pela separação entre o agente que desempenha a atividade econômica e o ente encarregado de regulá-la.

Observando os pontos que têm sido apontados pela doutrina, e as disposições constantes das leis instituidoras das mais importantes agências reguladoras atuais, podemos apontar as seguintes características comuns à maior parte dessas entidades:

- 1) exercem função regulatória sobre determinado setor da atividade econômica, ou concernente a determinadas relações jurídicas decorrentes das atividades econômicas em geral;
- 2) contam com instrumentos, previstos em lei, que asseguram razoável autonomia perante o Poder Executivo;
- 3) possuem um amplo poder normativo no que concerne às áreas de sua competência; e
- 4) submetem-se, como qualquer outra entidade integrante da Administração Pública, aos controles judicial e parlamentar plenos.

Por fim, é relevante registrar que a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004 (resultante da conversão da Medida Provisória nº 155, de 23 de dezembro de 2003), que “Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras”, em seu art. 6º, prevê que os agentes encarregados das atribuições típicas dessas agências devem ser **servidores públicos estatutários**, sujeitos ao regime jurídico da Lei nº 8.112/1990. O art. 3º da mesma lei estabelece que a esses servidores públicos, “no exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia”, são asseguradas “as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções”.

Analisemos, a seguir, as principais características das agências reguladoras, acima enumeradas.

5.3.1. *Exercício de atividade regulatória*

As agências reguladoras, como seu nome indica, são instituídas para exercer atribuições específicas concernentes a uma das modalidades possíveis de intervenção do Estado no domínio privado: a regulação econômica (intervenção indireta).

A atividade de regulação que deve ser desempenhada pelas agências, conforme o modelo implantado aqui (importado diretamente do modelo europeu, que, por sua vez, busca inspiração em instituto há muito existente no Direito dos Estados Unidos), torna imprescindível que essas entidades exerçam tão variadas funções, que muitos autores registram ser difícil enquadrá-las na estrutura clássica da tripartição de poderes.

Sabemos que, no Brasil, formalmente, as agências reguladoras integram a Administração Indireta, pertencendo, portanto, à estrutura do Poder Executivo. Apesar disso, aqui, como no Direito comparado, os entes de regulação, além de receberem atribuições administrativas ordinárias, próprias do Poder Executivo, desempenham competências assemelhadas às funções típicas do Legislativo e do Judiciário. Dessa forma, podemos identificar, respectivamente, as seguintes funções exercidas pelas agências reguladoras:

- 1) aplicar o Direito aos casos concretos não litigiosos que se lhes apresentem (aplicar de ofício o Direito);

- 2) editar as normas que possibilitem a implementação das políticas (elaboradas pelo Parlamento e pelo Poder Executivo) para o setor sob sua competência regulatória; e
- 3) solucionar os conflitos verificados entre os interessados na atividade objeto de regulação (Estado, setor econômico regulado, usuários de serviços e a sociedade em geral), ressalvado, sempre, o posterior controle judicial, absolutamente inafastável em nosso ordenamento jurídico (CF, art. 5º, XXXV).

Além dessas funções, as agências reguladoras têm atribuição de fiscalizar a execução das atividades sob sua competência e de aplicar sanções administrativas às infrações verificadas.

Como se pode observar, as agências reguladoras, embora, rigorosamente, sejam pessoas jurídicas com atribuições administrativas – assim como ocorre com todas as autarquias –, exercem funções assemelhadas àquelas que são comumente entendidas como típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Conquanto essa afirmativa seja verdadeira, somos de opinião de que pouca novidade há nessa constatação.

O exercício de poder normativo por órgão não integrante do Legislativo não constitui inovação em nosso ordenamento, além de não afastar, em nenhuma hipótese, as prerrogativas e atribuições do Poder Legislativo. Trataremos do poder normativo das agências reguladoras mais à frente.

O fato de uma entidade integrante da Administração exercer atividade administrativa (aplicação do Direito ao caso concreto não litigioso) não pode, por óbvio, causar qualquer interesse especial. A nota que se aponta como característica e, para alguns, polêmica no exercício dessa atividade administrativa, respeita ao fato de as atuais agências reguladoras possuírem, nos termos das leis que as instituem, um grau de autonomia perante o Poder Executivo significativamente maior do que aquele que se verifica em suas congêneres, as demais autarquias. Estudaremos esse ponto separadamente no próximo item.

A solução de conflitos pelas agências reguladoras, apontada por alguns como usurpação de função do Judiciário, ou como exercício de função quase-judicial, tampouco representa, a nosso ver, algo destoante de nosso ordenamento. Em nenhum momento pretendeu-se afastar do controle judicial irrestrito os atos das agências reguladoras (isso seria tão absurdo que não foi, de fato, propalado nem pelo mais entusiasta dos modelos importados para nossa “Reforma do Estado”). Não existe nenhuma possibilidade, em nosso ordenamento, de afastar-se de apreciação pelo Poder Judiciário qualquer ato que uma pessoa entenda representar lesão ou ameaça de lesão a direito seu (CF, art. 5º, XXV).

A par disso, costumam-se apontar como características peculiares à solução de conflitos efetuada pelas agências reguladoras, principalmente:

- 1) o fato de seu corpo técnico, inclusive os agentes encarregados da apreciação dos litígios, ser altamente especializado nas matérias de que resultam os conflitos, no mais das vezes matérias de extrema complexidade, o que faz com que as agências reguladoras sejam percebidas, pelas partes diretamente interessadas, como o foro natural de mediação e solução dos seus conflitos; e
- 2) o fato de o Poder Judiciário somente atuar quando provocado, ao passo que as agências reguladoras devem, não só realizar a mediação e solução de conflitos de forma homogênea e sistemática, como também procurar atuar na prevenção do surgimento de conflitos. Portanto, a atuação judicial é assistemática e aleatória (os juízes possuem autonomia, decidindo conforme seu convencimento, a partir dos fatos e provas que são trazidos aos autos do processo). A atuação das agências reguladoras é sistemática e suas decisões tendem a ser uniformes, além de ser sua função procurar ativamente reduzir as possibilidades de surgimento de conflitos, mediante controle prévio e acompanhamento constante da atuação das empresas reguladas (exame prévio de projetos, exigência de autorizações, fiscalização, aplicação de sanções etc.).

Em resumo, e tomando por base a doutrina do Professor Carlos Ari Sundfeld, verificamos que o nível de intervenção que modernamente se exige do Estado é incompatível com a simples edição de normas genéricas e abstratas e com a solução de todos os conflitos, decorrentes dos inevitáveis choques entre tais normas e a realidade, pelo Poder Judiciário. A sociedade (empresas, consumidores, moradores de áreas industriais etc.) exige que os seus conflitos de interesses e os conflitos resultantes da aplicação das normas reguladoras pelo Poder Executivo sejam resolvidos com imparcialidade, celeridade e, principalmente, sejam apreciados por quem conheça as especificidades técnicas concernentes ao assunto. A atuação do Poder Judiciário não é orgânica e constante, mas sim dependente de provocação, por isso, episódica e aleatória. Além disso, as decisões judiciais são prolatadas por inúmeros órgãos autônomos (os juízes singulares), somente tendendo a uniformizar-se, após muitos anos, quando chegam a ser apreciadas pelos Tribunais Superiores. Trata-se do surgimento de novos foros de solução de conflitos, não de substituição do papel do Poder Judiciário, o qual, de toda forma, sempre poderá apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, quando provocado.

5.3.2. *Independência*

O modelo de agências reguladoras adotado no Brasil parte da tese de que o agente encarregado da prestação do serviço ou da produção do bem

(agente econômico) deve, obrigatoriamente, ser distinto do agente a quem incumbe a regulação da atividade econômica. Por esse motivo, a independência de atuação das agências reguladoras é apontada pela quase unanimidade dos autores como sua mais importante característica. O grau de independência dos entes reguladores, contudo, varia muito, em razão, principalmente: (1) do ordenamento jurídico do país e da conseqüente possibilidade de adequação do modelo a preceitos constitucionais, jurisprudenciais etc.; e (2) da opção feita pelo legislador, em cada caso, no momento de instituição do ente regulador.

No Brasil, como já vimos, as agências reguladoras têm sido criadas sob a forma jurídica de autarquia, fato que, por si só, reduz significativamente a possibilidade de conferir-lhes “independência”, pois toda a Administração Pública está sujeita à direção superior do Chefe do Poder Executivo (na esfera federal, o Presidente da República) e todas as entidades da Administração Indireta federal devem estar vinculadas a um ministério, que sobre elas exerce supervisão (especialmente o denominado controle finalístico).

Sem embargo do expendido no parágrafo precedente, nosso legislador tem lançado mão de determinados instrumentos jurídicos que, embora não permitam que falemos em entidades propriamente “independentes”, asseguram, com maior ou menor eficácia, a ampliação da autonomia que as agências reguladoras possuem em relação ao Poder Executivo, se comparadas com as demais autarquias integrantes da Administração Indireta. Deve-se, mais uma vez, alertar que o tratamento conferido pelo legislador a cada agência reguladora varia significativamente, conforme a opção política e econômica, ou especificidades concernentes ao setor sobre o qual ela atuará, ou outras circunstâncias existentes no momento da criação da agência em particular. De um modo geral, a ANATEL é apontada como a agência reguladora federal que desfruta de maior autonomia em nosso ordenamento.

O Professor Carlos Ari Sundfeld ressalta que a “independência” (para o autor, a expressão “independência” denota um viés ideológico; o termo juridicamente adequado seria “autonomia”) conferida pelo legislador às agências reguladoras visa a assegurar a imparcialidade da atuação e minimizar as ingerências político-partidárias, muitas vezes contrárias ao princípio da eficiência. Um ponto de grande importância apontado pelo autor diz respeito ao fato de que a garantia legal de razoável autonomia às agências reguladoras, especialmente às que atuam em setores nos quais ocorreu privatização de serviços públicos e quebra de monopólios estatais, decorreu, em grande parte, da necessidade de oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais.

Florianio Marques Neto discorre com excepcional clareza acerca da necessidade de “independência” das agências reguladoras. O autor aponta a

especificidade e a especialidade como as principais determinantes da necessidade de existir um órgão regulador próprio para determinadas atividades econômicas, sendo, ao mesmo tempo, os fatores que tornam incompatível a atividade regulatória com as constantes interferências políticas a que ela estaria sujeita, caso os entes reguladores não gozassem de independência perante o poder político. Como exemplo, o autor aduz um caso hipotético em que um governante, em uma manobra puramente eleitoral, pretendesse reduzir à metade as tarifas praticadas para um dado serviço essencial, a fim de demonstrar o fato de que, insofismavelmente, as agências reguladoras precisam ter à sua disposição instrumentos legais adequados que permitam a ela opor-se aos interesses desse governante.

Para Floriano Marques Neto, a independência das agências reguladoras perante o poder político se concretiza, **idealmente**, por meio dos seguintes principais elementos:

- 1) a estabilidade dos dirigentes (só devem ser afastados no caso de cometimento de ilícitos, ou de outros desvios de conduta, ou se a agência não estiver cumprindo a política pública definida nos termos da lei para o setor);
- 2) a autonomia de gestão;
- 3) o estabelecimento de fontes próprias de recursos, se possível geradas pelo próprio exercício da atividade regulatória (taxas pelo exercício do poder de polícia, preços públicos específicos);
- 4) a não-subordinação hierárquica a qualquer instância de governo;
- 5) a inexistência de instância revisora hierárquica de seus atos, ressalvada a revisão judicial;
- 6) a indicação dos dirigentes pautada por critérios técnicos, sendo preferível que sua nomeação não seja ato exclusivo do Poder Executivo, devendo envolver o Legislativo, mediante sabatina e aprovação, pela instância parlamentar, dos nomes indicados.

De um modo geral, os autores apontam a estabilidade dos dirigentes como um dos mais importantes e mais utilizados instrumentos tendentes a assegurar às agências reguladoras imparcialidade em seus atos e decisões. Uma vez nomeado, o dirigente passa a exercer um mandato de duração determinada, somente podendo ser exonerado ou destituído nas hipóteses previstas na lei. Trata-se de uma opção política feita pelo legislador no momento da criação da entidade. Por esse motivo, sob o prisma estritamente jurídico, nada impediria que uma lei criasse uma agência em que seus diretores não gozassem de estabilidade (sem dúvida, a “independência” de tal agência resultaria extremamente fragilizada, ou mesmo anulada).

No Brasil, atualmente, os dirigentes de **todas as** agências reguladoras federais exercem mandato de duração fixa. Ainda que a lei específica instituidora da agência reguladora federal seja omissa sobre esse ponto, a Lei nº 9.986, de 18.07.2000, que “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras”, introduziu em nosso ordenamento uma previsão geral de estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras federais. Deve-se observar, entretanto, que, embora esta Lei tenha tornado a estabilidade dos dirigentes preceito obrigatório na esfera federal, a lei instituidora de cada agência pode prever condições para a perda do mandato, sendo, portanto, variável o grau de limitação à liberdade do Presidente da República para exonerar ou destituir os dirigentes, conforme a agência reguladora de que se trate.

É o seguinte o teor do art. 9º da Lei nº 9.986/2000 (grifamos):

“Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de **renúncia, de condenação judicial transitada em julgado** ou de **processo administrativo disciplinar**.
Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever **outras condições para a perda do mandato.**”

Sem dúvida, a “independência” das agências reguladoras perante o poder político tem sido comumente o tema tratado com maior ênfase pela doutrina, possivelmente pela constatação de que a garantia de que a entidade não estará sujeita a constantes ingerências político-eleitorais é a que realmente interessa aos investidores privados, nacionais e, principalmente, estrangeiros. Pela mesma razão, o Poder Executivo e nosso legislador demonstram um cuidado maior relativamente a esse ponto, procurando transmitir aos investidores a impressão de que haverá estabilidade nas relações jurídicas de seu interesse, uma vez que as agências reguladoras dispõem de instrumentos que lhes possibilitam atuar pautadas “exclusivamente” por critérios técnicos.

A garantia de atuação técnica e profissional da agência reguladora (em vez de político-partidária e eleitoreira) tende a ser reforçada quando existe a previsão legal de que a nomeação de seus dirigentes não seja um ato administrativo simples do Chefe do Poder Executivo, mas sim um ato composto (segundo o entendimento da Professora Maria Sylvia Di Pietro), com a participação do Poder Legislativo. A sistemática que vem sendo adotada pelas leis instituidoras das principais agências reguladoras federais atuais é a prevista no art. 52, III, “f”, da Constituição. O Presidente da República indica o nome de uma pessoa que preencha os requisitos previstos na lei instituidora da agência. Essa pessoa é submetida à arguição pública pelo Senado Federal, que poderá, ou não, aprová-la. Sendo o indicado aprovado pelo Senado Federal, o Presidente da República, então, procede à sua nomeação para o cargo.

Essa sistemática de nomeação dos dirigentes tornou-se obrigatória para todas as agências reguladoras federais, a partir da edição da Lei nº 9.986/2000 (antes desta Lei, as leis instituidoras das principais agências reguladoras federais já traziam dispositivos nesse sentido). O art. 5º da Lei nº 9.986/2000 prescreve (grifamos):

“Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão **brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade** dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser **escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal**, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.”

Outra das formas de garantia de “independência” das agências reguladoras merece, também, um comentário mais detalhado. Trata-se da inexistência de instância revisora hierárquica de seus atos.

Devemos, inicialmente, esclarecer que instância revisora seria esta. Isso porque, como vimos, todas as entidades integrantes da Administração Indireta são, em nosso ordenamento, apenas **vinculadas** (não subordinadas) a um ministério, ou seja, não há relação de hierarquia entre a Administração Direta e a Indireta. Inexistindo hierarquia, seria de estranhar que coubesse recurso hierárquico à Administração Centralizada contra um ato de qualquer autarquia, e não somente das agências reguladoras.

Ocorre, todavia, que, relativamente aos atos praticados por muitas das autarquias de regime geral (o regime do Decreto-Lei nº 200/1967), cabe um tipo de recurso à Administração Central. Trata-se do denominado **recurso hierárquico impróprio**, e sua decisão compete, usualmente, ao Ministro de Estado, titular do Ministério supervisor da entidade (podendo competir ao Presidente da República se a entidade for diretamente vinculada a esse órgão).

Segundo a grande maioria da doutrina, os recursos hierárquicos impróprios, exatamente por serem impróprios (trata-se de um recurso “hierárquico” entre esferas administrativas não hierarquizadas), precisam estar expressamente previstos em lei, e devem limitar-se ao âmbito do Poder Executivo (integram o denominado controle interno). Além disso, o legislador, quando os preveja, deveria restringi-los ao controle de legalidade, vedando à Administração Direta a reforma de decisões da entidade da Administração Indireta por razões de mérito administrativo (oportunidade e conveniência).

Pois bem, quando se diz que é desejável a inexistência de instância revisora hierárquica dos atos das agências reguladoras, está se dizendo que elas não devem sujeitar-se a recursos hierárquicos impróprios, ou seja, os atos e as decisões proferidas pelos órgãos máximos da agência reguladora devem ser definitivos **na esfera administrativa**, não devendo estar sujeitos à revisão pelo Ministério a que a agência se encontra vinculada (ou por qualquer outro órgão da Administração Pública).

A Lei nº 9.472/1997, que instituiu a ANATEL, em seu art. 19, XXV, que trata das competências da agência, estatui que a ela cabe “decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor”. Contra atos da ANATEL, portanto, não cabe recurso hierárquico impróprio, sendo suas decisões definitivas na esfera administrativa. A Lei que instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000) fala em “autonomia nas suas decisões técnicas”. Nem todas as agências reguladoras brasileiras, entretanto, contam com essa garantia expressa em suas leis instituidoras. Não se encontra tal previsão, por exemplo, nas leis que criaram a ANEEL e a ANP.

Caso houvesse absoluta certeza acerca da adoção, pelos nossos tribunais, da tese perfilhada pela doutrina administrativista dominante, poderíamos afirmar, sem receio, que, mesmo silenciando a lei a respeito da admissibilidade de recursos à Administração Direta contra atos das agências reguladoras, tais recursos seriam incabíveis, em razão da inexistência de hierarquia. Mormente, no que tange às agências reguladoras, os autores são enfáticos em afirmar que recursos contra suas decisões a serem apreciados pelo Ministério supervisor ou pela Presidência da República praticamente desnaturariam o modelo de ente regulador autônomo que se quis instituir no Brasil.

Parece-nos claro que, na teoria, não deveria existir recurso hierárquico impróprio contra os atos de nenhuma entidade da Administração Indireta quando não previsto expressamente em lei, salvo no caso da tutela extraordinária, a que alude Celso Antônio Bandeira de Mello. Quanto a esse assunto, vale transcrever este trecho de rara clareza do insigne administrativista:

“Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração, criando tais sujeitos como pessoas diferentes do Estado, ou seja, como entidades da Administração indireta, o Executivo não poderia, por si mesmo, recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o con-

trole da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada tutela ordinária. Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, o que denominam de tutela extraordinária.”

Conquanto essa seja a opinião doutrinária mais abalizada, pensamos que dificilmente nossos tribunais anulariam por ilegalidade uma decisão da Administração Direta que revisse, a título de recurso hierárquico impróprio (não expressamente previsto em lei), uma decisão administrativa de uma agência reguladora. Assim, nos casos em que as leis instituidoras das agências reguladoras silenciam acerca da definitividade de suas decisões na esfera administrativa, resta sobremaneira fragilizada sua autonomia perante a Administração Centralizada.

Por último, e mais uma vez, ressaltamos que não há qualquer influência da eventual inexistência de controle hierárquico impróprio sobre a sujeição de todos os atos, de todas as agências reguladoras, ao controle judicial. A definitividade dos atos das agências na esfera administrativa é instrumento de ampliação de sua autonomia tão-somente perante o Poder Executivo, em nada modificando os controles judicial e legislativo.

Finalizando, cabe ressaltar que a atuação imparcial dos entes reguladores não diz respeito somente a suas relações com o poder político. A imparcialidade deve ser absoluta, ou seja, toda a atuação da agência deve ser técnica, não cabendo cogitar de atuação tendenciosa em favor dos consumidores e usuários de bens e serviços públicos, nem dos agentes econômicos do setor regulado.

Essa observação remete-nos a um tema bastante interessante, que tem recebido, em nossa doutrina, a denominação de “risco de captura”.

A expressão “risco de captura” não é auto-explicativa. A maior parte dos autores fala em “captura” para descrever a situação (observada inicialmente nos Estados Unidos) em que o ente regulador, não sendo capaz de resistir ao imenso poder econômico dos agentes do setor regulado, passa a atuar tendenciosamente em favor dos interesses desses agentes, ou seja, o ente regulador converte-se praticamente em um representante dos interesses das empresas do setor regulado, em detrimento dos consumidores e usuários dos bens e serviços e do próprio Estado.

Na opinião de Floriano Marques Neto, um dos mais eficazes instrumentos para a efetivação da necessária independência dos órgãos reguladores perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada “são os mecanismos de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros

dirigentes do órgão regulador (a chamada *quarentena*)”. Caso não exista essa proibição de que o ex-dirigente do ente regulador, nos meses seguintes à sua exoneração, seja contratado por empresas do setor por ele regulado, a quantidade de informações privilegiadas que o ex-dirigente levaria consigo tornaria inexistente a distinção entre os interesses de regulador e regulados; além disso, segundo o autor, “a sociedade tende a perder a confiança no regulador e a pressupor que toda a atividade regulatória se desenvolve em perigosa promiscuidade”.

A obrigatoriedade de “quarentena” dos ex-dirigentes está prevista nas leis instituidoras das principais agências reguladoras brasileiras, sendo exemplos a ANATEL, a ANEEL, a ANP e a ANS. Ainda que não exista previsão legal expressa, a “quarentena” tornou-se obrigatória, na esfera federal, para todas as agências reguladoras, a partir da edição da Lei nº 9.986/2000. Entendemos que as regras concernentes à “quarentena” plasmadas nessa lei serão aplicadas sempre que inexistir regra específica na lei instituidora da agência reguladora federal (a lei instituidora da agência pode, por exemplo, conter regra específica estabelecendo um período de “quarentena” maior do que o previsto na regra geral; em nossa opinião, prevalecerá, nesse caso, a regra específica).

São as seguintes as regras gerais, constantes da Lei nº 9.986/2000, já transcritas com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.08.2001 (os grifos são nossos):

“Art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

§ 1º Inclui-se no período a que se refere o *caput* eventuais períodos de férias não gozadas.

§ 2º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, **fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu** e aos benefícios a ele inerentes.

§ 3º **Aplica-se** o disposto neste artigo ao ex-dirigente **exonerado a pedido**, se este já tiver cumprido pelo menos **seis meses** do seu mandato.

§ 4º Incorre na prática de **crime de advocacia administrativa**, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que **violar o impedimento** previsto neste artigo, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis.

§ 5º Na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá ele optar pela aplicação do disposto no § 2º, ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse.”

Além da acepção acima exposta – atuação da agência reguladora em prol dos interesses das empresas reguladas –, a expressão “risco de captura” pode ser utilizada em um sentido bem mais amplo, abrangendo as principais situações em que se verifica, seja a ineficácia do órgão regulador, seja a contaminação de sua atuação pelos interesses de alguma das partes interessadas nas relações concernentes à atividade regulada (Estado, usuários e consumidores, ou as empresas). Nessa acepção ampla, a “captura” descreve a situação em que o ente regulador passa a atuar sem imparcialidade, favorecendo sistematicamente uma das partes envolvidas com a atividade regulada, ou passa a ser uma estrutura inoperante, meramente figurativa.

Floriano Azevedo Marques Neto sintetiza com maestria esse tema, identificando “quatro graves riscos de captura”, a saber:

1) Risco da concussão:

Diz respeito ao problema da corrupção, exigindo uma seleção extremamente criteriosa dos agentes do ente regulador e a existência de “mecanismos efetivos e permanentes de controle, inclusive por parte da sociedade”.

2) Captura por contaminação de interesses:

Trata-se da “assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade”. Como mencionamos acima, essa é a modalidade de “captura” mais comumente descrita e decorre do imenso poder econômico das empresas atuantes nos mais importantes setores regulados e do contínuo contato entre o ente regulador e essas empresas.

3) Captura por insuficiência de meios:

Ocorre quando a atuação do agente regulador é inviabilizada pela ausência ou má qualidade de seus recursos materiais, logísticos, financeiros e humanos. Quando a insuficiência de meios do órgão regulador é muito grande, alerta ínclito o autor, “passam a ser impossíveis tanto a interlocução (pois que falece de quadros detentores de conhecimento e capacidade técnica) quanto o exercício da autoridade (pois que faltam os meios materiais para isto)”.

4) Captura pelo poder político:

Essa situação ocorre quando não existem os instrumentos legais capazes de assegurar a efetiva autonomia da agência reguladora e ela passa a ser um mero agente dos interesses político-partidários dos governantes. Segundo o autor, “esta captura é extremamente perigosa, porque leva à inviabilização da agência em função de um rápido processo de deslegitimação, primeiro perante os operadores e, a médio prazo, perante os próprios usuários.”

5.3.3. *Poder normativo*

O exercício de funções normativas pelas agências reguladoras é, no Brasil, provavelmente o aspecto mais polêmico abordado nos debates que se têm travado acerca dessas figuras.

Para iniciarmos o assunto, entendemos conveniente retomar uns pontos básicos, especialmente ligados ao Direito Constitucional Administrativo.

Parece-nos claro que, no Brasil, o constituinte originário de 1988 adotou o princípio da separação entre os poderes conforme os contornos clássicos adotados no Ocidente desde o fim do século XVIII. O princípio da separação entre os poderes e, sobretudo, o princípio da legalidade, da forma em que se encontram plasmados no texto constitucional, exigem uma boa dose de contorcionismo interpretativo para que possamos, ao menos, cogitar a elaboração de normas por entidades administrativas integrantes da Administração Indireta.

A Constituição de 1988 reserva quase exclusivamente à **lei** a veiculação de normas primárias (normas que defluem diretamente do texto constitucional e criam, modificam ou extinguem direitos ou obrigações). Na verdade, nas poucas hipóteses em que há exceção a essa regra, o legitimado para a edição de atos primários é o Presidente da República (sendo possível, em um caso, delegação aos Ministros de Estado).

Assim, o Presidente da República, atendidos os requisitos constitucionais, poderá editar **medidas provisórias**, com força de lei, e **leis delegadas**. Além dessas duas hipóteses, existe a previsão, extremamente restrita, introduzida pela EC nº 32/2001 e plasmada no art. 84, inciso VI, da Carta Política, de edição de **decretos autônomos** pelo Presidente da República para dispor sobre: (1) organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e (2) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. É possível a delegação aos Ministros de Estado da competência para a edição dos atos primários descritos no art. 84, VI, da Constituição.

Consideramos clara, portanto, a impossibilidade de edição de atos primários (seriam, nessa acepção, regulamentos autônomos, independentes de qualquer lei) pelas agências reguladoras no Brasil. Não enxergamos nenhuma possibilidade de que isso ocorra sem implicar afronta evidente ao Texto Maior.

A discussão, dessarte, deve ater-se à possibilidade de edição de atos normativos secundários pelas agências reguladoras (atos que sejam editados, sempre, em função de uma lei, visando a dar efetividade às diretrizes nela traçadas, e respeitando sempre os limites por ela impostos).

Tradicionalmente, afirma-se que a edição de regulamentos é atribuição privativa do Presidente da República (do Chefe do Poder Executivo, de forma mais abrangente).

Com efeito, a Constituição, mesmo após as incontáveis emendas que sofreu, atribui privativamente ao Presidente da República a competência para “expedir regulamentos para a fiel execução das leis” (art. 84, IV), não sendo essa competência passível de delegação, nem mesmo para os Ministros de Estado.

Por outro lado, ao Congresso Nacional compete, exclusivamente, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 49, V). Observamos que, aqui, o texto constitucional alude ao exercício do poder regulamentar pelo “Poder Executivo”, termo genérico que, pelo menos literalmente, não se restringe ao Presidente da República. O mesmo dispositivo refere-se à “delegação legislativa”, que pode ser feita também ao “Poder Executivo”, desde que se estabeleçam os limites de sua atuação. Ainda, para reforçar, o inciso XI do art. 49 alude à “atribuição normativa dos outros Poderes” (Executivo e Judiciário).

Consideramos razoável, portanto, o entendimento de que o exercício de poder normativo não é competência constitucional exclusiva do Presidente da República, mas alcança todo o Poder Executivo (e, relativamente aos assuntos de sua competência, o Poder Judiciário). Podemos, portanto, aceitar com alguma tranquilidade a possibilidade de as agências reguladoras exercerem **poder normativo**.³

Temos, até este ponto, as seguintes conclusões:

- (1) é pacífico que as agências reguladoras não podem editar atos primários (regulamentos autônomos);

³ Preferimos manter a tradição de nossa doutrina administrativista clássica, e reservar a expressão “poder regulamentar” somente para os Chefes de Poder Executivo, utilizando a expressão “poder normativo” para aludir genericamente à competência de quaisquer autoridades administrativas para a expedição de atos administrativos normativos.

- (2) a atuação normativa de uma agência reguladora, complementando as disposições de uma lei, depende de expressa previsão na própria lei que deva ser regulamentada (edição de regulamento delegado ou autorizado);
- (3) a lei deve estabelecer claramente os assuntos de competência da agência (devem sempre ser assuntos de natureza técnica) e as diretrizes e os limites da atuação normativa da agência reguladora (não se admite a denominada delegação ou autorização legislativa “em branco”);
- (4) toda a atuação normativa da agência reguladora está sujeita a permanente controle legislativo (CF, art. 49, V e X) e, sempre que provocado, ao controle judicial.

O ponto de infundável controvérsia resume-se, como seria de imaginar, aos limites da legítima delegação legislativa para a edição do regulamento autorizado. Até que ponto a delegação é constitucional, e a partir de que ponto há “delegação em branco”? Como discernir a fronteira entre o regulamento delegado e o regulamento autônomo?

Infelizmente, não há como estabelecer regras gerais, universalmente válidas. O fato é que, segundo pensamos, a doutrina (e boa parte da jurisprudência) tem cada vez mais abandonado as concepções tradicionais que propugnavam a total inconstitucionalidade de qualquer delegação legislativa (um argumento extremamente forte dessa corrente tradicional arrima-se no art. 25, inciso I, do ADCT, que revogou “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa”).

Não tanto por convicções estritamente jurídicas, mas sim pela inexorável constatação de que a realidade das relações sociais é hoje infinitamente mais complexa do que era até poucas décadas atrás, tem sido cada vez maior o número de estudiosos que declaram superado o modelo em que o Legislativo, e só ele, editava normas, sempre bastante abstratas, ao passo que o Judiciário, e só ele, solucionava os eventuais conflitos decorrentes da aplicação dessas normas aos casos concretos.

Como resultado dessa complexidade das relações atuais, especialmente as relações que dizem respeito aos setores produtivos, observa-se uma tendência à aceitação de que órgãos ou entidades especializados em determinado assunto, de **natureza estritamente técnica**, editem normas sobre tais assuntos, desde que exista uma lei que expressamente autorize essa laboração normativa, estabeleça claramente os assuntos sobre os quais ela poderá ser exercida (delimitação das áreas de competência do ente regulador) e fixe as diretrizes, parâmetros e metas que devem ser observados pelo órgão técnico.

O exercício dessa competência normativa pelo Poder Executivo tem sido denominado exercício de “**discricionariedade técnica**”.

Consoante lição do Professor Carlos Ari Sundfeld, o nível de intervenção que modernamente se exige do Estado é incompatível com a simples edição de normas genéricas e abstratas e com a solução de todos os conflitos, decorrentes dos inevitáveis choques entre tais normas e a realidade, pelo Poder Judiciário. Denomina-se gerenciamento normativo dos conflitos à constante edição e substituição de normas específicas e técnicas pelo Estado, resultantes de um trabalho incessante de planejamento e gerenciamento que, em nenhuma hipótese, poderia ser exercido adequadamente pelo Poder Legislativo.

A lei deve estabelecer as diretrizes básicas relativas ao setor a ser regulado e essas diretrizes orientarão a edição, pela agência reguladora, das normas específicas que as concretizem e tornem efetivas. Não se aceita a delegação pura e simples de função legislativa pela lei; é necessário que esta possua um conteúdo normativo mínimo, a ser complementado pelas normas promanadas da agência reguladora. A lei deve informar, limitar e condicionar o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras. Além disso, como não poderia deixar de ser, em todas as matérias para as quais a Constituição haja estabelecido reserva legal, fica vedada a delegação legislativa em qualquer grau.

Com notável clareza, Floriano Marques Neto preleciona: “Se bem é verdade que a atividade regulatória não pode prescindir de uma forte e bem articulada base legal, certo também é a impossibilidade de que todo o arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador.”

Continua o autor asseverando ser inviável interpretar-se que “o princípio da legalidade imponha que a norma legal deva trazer, precisamente, o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória”. “A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação”. Esta atuação “segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado”.

Em síntese, portanto, podemos traçar o seguinte quadro:

- 1) as leis que instituíram as atuais agências reguladoras conferiram-lhes o exercício de um abrangente poder normativo no que respeita às áreas de sua atuação;

- 2) esse exercício de poder normativo pelas agências (que são autarquias) exige que determinados dispositivos constitucionais sejam interpretados com algum grau de elasticidade, o que faz com que a corrente mais tradicional de nossa doutrina considere totalmente inconstitucionais essas atribuições, especialmente no caso das agências criadas exclusivamente pela lei (ou seja, todas, exceto a ANATEL e a ANP, únicas que encontram base constitucional expressa);
- 3) os autores que entendem possível essa atribuição de poder normativo às agências reguladoras, aos quais nos juntamos, ressaltam que ele não poderá ser exercido quanto às matérias reservadas à lei, pela Constituição;
- 4) além disso, as agências somente podem editar atos secundários; tais atos serão atos normativos delegados ou autorizados pela lei, restritos às áreas técnicas de competência da agência (discricionariedade técnica); é inegável que esses atos criam, modificam ou extinguem direitos (são mais do que meros regulamentos de execução), mas devem sempre ser editados nos termos da lei e observando as balizas legais;
- 5) os atos normativos editados pelas agências não são, entretanto, atos primários, tampouco regulamentos autônomos, pois defluem da lei, e não da Constituição;
- 6) é inconstitucional a delegação legislativa em branco;
- 7) os atos normativos das agências reguladoras estão sujeitos ao permanente controle legislativo e, sempre que provocado, ao controle judicial, assunto de que trataremos no próximo item.

5.3.4. *Controle*

O tema “controle das agências reguladoras” apresenta algumas particularidades decorrentes das características que as leis têm conferido a essas entidades. Como já vimos, as leis têm instituído as agências reguladoras sob a forma de autarquias em regime especial. Esse “regime especial” significa que tais autarquias são disciplinadas, primariamente, pelas próprias leis que as instituem, aplicando-se a elas, apenas subsidiariamente, o regime geral previsto no Decreto-Lei nº 200/1967. Apesar disso, as leis criadoras das agências reguladoras estão, evidentemente, submetidas a todas as normas, regras e princípios constantes, explícita ou implicitamente, da Constituição Federal.

Portanto, todas as modalidades de controle previstas na Carta Política, aplicáveis aos atos da Administração Pública em geral, aplicam-se, integralmente, aos atos das agências reguladoras, as quais, em última análise, nada mais são do que entidades da Administração Indireta dotadas de certas

peculiaridades inerentes à função que devem exercer e ao modelo que, por opção política, foi adotado.

Floriano Marques Neto destaca as seguintes modalidades de controle da atividade regulatória:

- (1) controle de gestão: fiscalização da aplicação dos recursos (TCU, Ministério Público, órgãos de controladoria governamental etc.);
- (2) controle da atividade-fim: o cumprimento da função de implementar os objetivos e metas da política pública deve ser feito pelo Executivo, Legislativo e instâncias da sociedade especificamente criadas para isso (conselhos de usuários, conselhos consultivos, organizações sociais etc.);
- (3) controle judicial: exercido sobre todos os atos das agências reguladoras, mediante provocação.

Além disso, é importante observar que a **participação popular** no controle, na fiscalização e na própria atuação das principais agências reguladoras assume uma importância inédita em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, além dos mecanismos já tradicionais de controle popular (provocação do Poder Judiciário e da própria Administração), as leis instituidoras das mais importantes agências reguladoras (ANATEL, ANEEL, ANP etc.) consagraram como instrumento de participação popular ativa a consulta pública e a audiência pública. As leis instituidoras dessas agências estabeleceram procedimentos administrativos bem definidos no que concerne à edição de atos normativos, de instrumentos convocatórios, de processos decisórios, enfim, de um modo geral, as leis estabelecem como obrigatória a consulta ou audiência pública prévia dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado sempre que deva ser editado um ato ou tomada uma decisão que possa afetar seus direitos. A minuta do ato administrativo deve ser disponibilizada (mediante publicação no Diário Oficial da União e/ou na internet) para o público em geral, que terá um prazo, ou uma data marcada, para manifestar-se a respeito, formulando críticas ou sugestões, as quais, também, devem ser tornadas públicas.

Essa democratização da Administração é, de fato, algo extremamente louvável e contribui significativamente para conferir legitimidade à atuação da agência reguladora. Não se trata de um simples aperfeiçoamento dos meios de controle popular, mas de uma verdadeira mudança de paradigma. Os instrumentos tradicionais quase sempre possibilitam ao administrado o exercício de um controle (no mais das vezes repressivo) de atos de efeitos concretos e que interfiram diretamente em sua esfera jurídica individual (é exceção, por exemplo, a ação popular). Diversamente, a realização obrigatória de consulta ou audiência pública prévia, de preferência com a obrigatoriedade de que a agência se manifeste sobre cada crítica ou sugestão recebida, representa uma

grande ampliação da participação popular nos procedimentos normativos e decisórios da Administração Pública.

Os seguintes exemplos são suficientes para demonstrar o que afirmamos (grifamos):

1) ANATEL (Lei nº 9.472/1997)

“Art. 42 As minutas de **atos normativos** serão submetidas à **consulta pública**, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.”

Art. 89, inciso II – “a minuta de **instrumento convocatório** será submetida a **consulta pública** prévia;”

2) ANEEL (Lei nº 9.427/1996)

Art. 4º, § 3º – “O **processo decisório** que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de **audiência pública** convocada pela ANEEL.”

3) ANP (Lei nº 9.478/1997)

“Art. 19. As **iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas** que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de **audiência pública** convocada e dirigida pela ANP.”

Trataremos, a seguir, dos controles exercidos por cada um dos poderes sobre os atos das agências reguladoras. Alertamos que serão estudados as modalidades e os instrumentos de controle aplicáveis às agências reguladoras federais. No âmbito dos estados e dos municípios as linhas gerais são as mesmas, devendo, evidentemente, ser feitas as adaptações necessárias.

5.3.4.1. Controle pelo Poder Legislativo

O controle exercido pelo Poder Legislativo sobre os atos das agências reguladoras não apresenta maiores particularidades. Como se trata de controle externo (realizado por um poder diverso do poder controlado), todas as suas modalidades e instrumentos encontram-se expressamente previstos na Constituição, e é ocioso reafirmar que não poderiam ser modificados pelo legislador ordinário.

O fato de as agências reguladoras integrarem a Administração Indireta submete-as, inapelavelmente, à prescrição ampla e geral contida no art. 49, X, da Constituição. Esse dispositivo estabelece como competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

O amplo poder normativo conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras exige que o Congresso Nacional esteja permanentemente monitorando os atos normativos por elas editados, uma vez que é seu dever, por força de comando constitucional expresso, zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (CF, art. 49, XI). Sempre que o Congresso Nacional verificar que houve excesso no exercício do poder normativo por parte da agência reguladora, compete a ele **suspender** o ato da agência. O inciso V do mesmo art. 49 confere ao Congresso Nacional o poder-dever de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

A simples enumeração desses dispositivos demonstra a amplitude do controle que o Poder Legislativo deve (trata-se de dever constitucional, e não de mera faculdade) exercer sobre os atos das agências reguladoras, especialmente sobre seus atos normativos. Cabe, ainda, mencionar que qualquer fato relacionado com a atuação de qualquer agência reguladora poderá, se o Congresso entender devido, ser objeto de investigação pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), conforme previsto no art. 58, § 3º, da Constituição.

Por último, sendo as agências reguladoras autarquias, integrantes, portanto, da Administração Indireta, estão sujeitas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, exercida pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme plasmado nos arts. 70 e 71 do Texto Maior.

5.3.4.2. Controle pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário, sempre que provocado, exerce amplo controle sobre todos os atos promanados das agências reguladoras, devendo anulá-los sempre que estes sejam ilegais ou ilegítimos.

O controle exercido pelo Poder Judiciário, como ocorre em relação a todos os atos da Administração Pública, é um controle de legalidade e de legitimidade. Constatado vício, o ato deve ser anulado. Atos administrativos

de outros poderes não podem ser **revogados** pelo Poder Judiciário, sob pena de ocorrer “dupla administração”.

Não existe polêmica quanto à integral aplicabilidade do princípio da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) aos atos das agências reguladoras. O controle judicial dos atos dessas entidades somente merece um debate mais cuidadoso em razão do fato de que as leis instituidoras costumam conferir-lhes uma margem bastante ampla de discricionariedade, especialmente no que respeita à edição de atos normativos.

Como já estudamos, a “delegação em branco” não é admitida em nosso Direito, implicando vício de inconstitucionalidade da **lei** que o faça. As leis instituidoras das agências reguladoras, portanto, devem possuir um conteúdo normativo mínimo, estabelecendo, pelo menos, as diretrizes que deverão ser observadas para o setor regulado, as metas que deverão ser almejadas pela agência na implementação dessas diretrizes, as competências específicas da agência, os princípios que norteiam sua atuação etc.

Tendo em vista o acima expendido, concluímos que o controle judicial dos atos discricionários das agências reguladoras enfrenta problemas ainda mais delicados do que os já naturalmente verificados no controle dos atos discricionários em geral. Não se pode pretender, entretanto, que o modelo aqui adotado implique um retrocesso na tendência (anterior ao próprio surgimento das agências no Brasil), extremamente salutar, de redução ao máximo daquilo que se entende por mérito do ato administrativo, a fim de submeter ao controle judicial aspectos que, pela doutrina mais ortodoxa, eram considerados critérios de oportunidade e conveniência do administrador.

Dessarte, grande parte do controle judicial dos atos discricionários das agências reguladoras deverá ser feito muito mais em face dos princípios constitucionais, e dos próprios princípios e objetivos descritos nas leis instituidoras, do que das disposições expressas do texto legal. Por esse motivo, a regra geral, hoje unanimemente aceita, de que os atos administrativos devem ser motivados, assume uma rigidez muito maior no caso dos atos editados pelas agências reguladoras.

Destacam-se, aqui, os princípios de textura mais aberta, como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade, além dos princípios mais diretamente relacionados com as atividades das agências reguladoras, como o princípio da continuidade dos serviços públicos, da supremacia do interesse público, da defesa dos consumidores, e, quando for o caso, da livre concorrência, da igualdade entre os licitantes etc. Em resumo, o controle judicial desses atos será muito mais um controle de legitimidade do que um controle de legalidade em sentido estrito. O ato, em muitos casos, pode não estar contrariando uma disposição legal expressa (sobretudo porque as leis instituidoras tendem a traçar princípios, diretrizes, metas, mas

não limites precisos para o conteúdo dos atos de competência da agência reguladora), porém estar em dissonância com um princípio constitucional, ou com um princípio expresso na lei relativa ao setor regulado.

Por último, cabe enfatizarmos que o controle judicial dos atos vinculados editados pelas agências reguladoras não apresenta qualquer particularidade; será um controle integral de legalidade e incide sobre qualquer dos requisitos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto).

5.3.4.3. Controle pelo Poder Executivo

O controle exercido pela Administração Direta sobre os atos praticados pelas agências reguladoras é, sem dúvida, o tema em que se evidencia mais difícil a compatibilização entre o modelo que importamos, o qual propugna que o órgão regulador seja “independente”, e o nosso ordenamento constitucional.

Não existe dúvida de que as agências reguladoras são **vinculadas** à Administração Direta, especificamente a um ministério. Além de haver disposição expressa nesse sentido nas diversas leis criadoras dessas entidades, o art. 87, I, da Constituição não deixa dúvidas ao estatuir que compete aos Ministros de Estado “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência”.

Há, também, disposição constitucional expressa atribuindo ao Presidente da República competência **privativa** (e indelegável) para “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal” (art. 84, II).

A dificuldade repousa, evidentemente, na delimitação desse dever constitucional de “supervisão” e de exercício da “direção superior” da Administração.

A vinculação entre a agência e a Administração Direta evidencia-se não só pelo fato de ser ela uma autarquia, integrante, assim, da Administração Indireta. Como exemplos da evidente influência da Administração Direta sobre a agência reguladora, podemos citar: (1) a instalação da agência fica a cargo do Poder Executivo (que o faz por meio de decreto); (2) o regulamento da agência é aprovado por meio de decreto do Presidente da República; e (3) a indicação dos dirigentes da agência, bem como sua nomeação (após aprovação do Senado Federal) e sua exoneração ou destituição (nos casos previstos na lei, a qual pode, inclusive, ao menos em tese, admitir a exoneração *ad nutum*) ser feita pelo Presidente da República.

Cabe, ainda, registrar o disposto no Decreto nº 5.220, de 30 de setembro de 2004, claramente ilustrativo da atribuição de supervisão das agências

reguladoras pela Administração Direta. Deveras, estabelece o art. 11, inciso II, do seu Anexo I, que ao Ministério das Comunicações, por meio de sua Secretaria de Telecomunicações, compete “auxiliar na orientação, acompanhamento e **supervisão das atividades da Agência Nacional de Telecomunicações**, nos termos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997” (grifamos). Na mesma esteira, e ainda mais incisivo, estatui o art. 12, inciso III, do Anexo I do mesmo decreto, que ao Ministério das Comunicações, por meio de seu Departamento de Serviços de Universalização de Telecomunicações, compete “**supervisionar** as atividades da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos das **políticas públicas definidas pelo Poder Executivo**, zelando por sua **correta observância pela Agência Reguladora**” (grifamos).

Além dos fatos acima mencionados, é pacífica a sujeição da agência reguladora ao controle finalístico. A lei deve, sempre, traçar as metas a serem atingidas pela agência no que concerne ao setor regulado. O atingimento dessas metas será objeto de controle pelo ministério e pelo Presidente da República, os quais, sempre que verificarem que há um desvio das diretrizes ou um descumprimento injustificado das metas, devem adotar as providências necessárias, inclusive intervindo ativamente na agência, por exemplo, exonerando seus dirigentes.

Sobre esse ponto, a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto da Lei Geral de Telecomunicações (que se converteu na Lei nº 9.472/1997, instituidora da ANATEL), auxilia a compreensão do mecanismo adotado. Segundo este documento, para que o órgão regulador seja eficiente e eficaz, é necessário, entre outras coisas, que ele “seja obrigado a prestar contas”. “O órgão regulador deve estar totalmente comprometido com objetivos pré-determinados e prestar contas de suas ações, tanto qualitativamente como sob o ponto de vista financeiro. Assim, ele será, na prática, um órgão auxiliar do Governo, desde que haja o estabelecimento *a priori* de objetivos, seguido de controles *a posteriori* para comprovação do cumprimento dos objetivos a ele atribuídos.”

No caso da ANEEL, cabe registrar que a lei prevê a celebração de **contrato de gestão** entre a Diretoria e o Poder Executivo, constituindo um instrumento de controle da atuação administrativa da agência e da avaliação do seu desempenho. Além disso (e essa é uma restrição significativa à autonomia da agência), o contrato conterà **parâmetros para a administração interna da autarquia**. Os diretores da ANEEL são solidariamente responsáveis pelo descumprimento do contrato de gestão (a lei previa a exoneração de dirigente por descumprimento injustificado do contrato de gestão, mas esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.986/2000). A existência desse contrato de gestão, nos termos previstos na lei, leva-nos a inferir que, no caso da ANEEL, há uma maior limitação de sua autonomia administrativa e que o

controle finalístico será exercido de forma mais rigorosa do que ocorre nas agências que não estão sujeitas a esse instrumento.

A celebração de contrato de gestão é, também, prevista para a ANS (Lei nº 9.961/2000, arts. 14 e 15). No caso dessa agência, a restrição a sua autonomia é mais notável, pois além da previsão de que o contrato de gestão estabeleça os “parâmetros para a **administração interna** da ANS, bem assim os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, a sua atuação administrativa e o seu desempenho”, a Lei, expressamente, estatui que “o descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde” (este dispositivo não foi revogado pela Lei nº 9.986/2000).

Em resumo, entendemos que o controle exercido pelo Poder Executivo sobre as agências reguladoras não é radicalmente diferente daquele exercido sobre as demais autarquias integrantes da Administração Indireta. O que se verifica é que as leis, tendo em vista sobretudo a necessidade de transmitir segurança aos investidores privados, dotaram as agências reguladoras de determinados instrumentos que ampliam (de forma variável, dependendo da agência) sua autonomia perante o poder político. Essas leis, entretanto, devem (isso é mais do que evidente) ser interpretadas em consonância com nossas normas e princípios constitucionais. Não existindo um instrumento expreso na lei, destinado a limitar a atuação da Administração Centralizada (e desde que esse instrumento não seja inconstitucional), o controle exercido pelo Poder Executivo será exercido da mesma forma que o é sobre as outras autarquias federais.

5.4. Principais agências reguladoras no Brasil

Apresentamos, neste tópico, a enumeração das agências reguladoras federais criadas até o momento e as respectivas leis instituidoras.

Na esfera federal, até o presente, foram instituídas as seguintes agências reguladoras:

- 1) a **Agência Nacional de Telecomunicações** (ANATEL), instituída pela Lei nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações), vinculada ao Ministério das Comunicações;
- 2) a **Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis** (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 06.08.1997, vinculada ao Ministério das Minas e Energia;
- 3) a **Agência Nacional de Energia Elétrica** (ANEEL), vinculada ao Ministério de Minas e Energia (Lei nº 9.427, de 26.12.1996);

- 4) a **Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**, vinculada ao Ministério da Saúde, incumbida da regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (Lei nº 9.961, de 28.01.2000);
- 5) a **Agência Nacional de Águas (ANA)**, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, instituída com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Lei nº 9.984, de 17.07.2000);
- 6) a **Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)**, vinculada ao Ministério da Saúde, com a meta de proteger e promover a saúde, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços (Lei nº 9.782, de 26.01.90);
- 7) a **Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**, vinculada ao Ministério dos Transportes, instituída com a finalidade de implementar, regular e supervisionar a política voltada para os transportes terrestres (Lei nº 10.233, de 05.06.2001);
- 8) a **Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)**, também vinculada ao Ministério dos Transportes, incumbida de implementar, regular e supervisionar a política de transportes aquaviários (Lei nº 10.233, de 05.06.2001);
- 9) a **Agência Nacional do Cinema (ANCINE)**, vinculada ao Ministério da Cultura, é a instituição oficial de fomento, regulação e fiscalização das indústrias cinematográfica e videofonográfica, dotada de autonomia administrativa e financeira. Criada em 06.09.2001, pela Medida Provisória nº 2.228/2001, a ANCINE, autarquia em regime especial, está vinculada ao Ministério da Cultura desde o dia 13.10.2003.
- 10) a **Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)**, vinculada ao Ministério da Defesa, criada pela Lei nº 11.182, de 27.09.2005, e implantada em 20.03.2006. A ANAC recebeu as atribuições do extinto Departamento de Aviação Civil - DAC. A ela compete “regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária”.

Cumpra lembrar, ainda, que também os estados-membros vêm criando agências reguladoras para regulação e controle dos serviços estaduais. Assim, no Estado do Rio de Janeiro foi criada a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos no Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ); no Estado do Rio Grande do Sul foi instituída a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS); no Estado de São Paulo foi criada a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Energia, com a finalidade de regular, controlar e fiscalizar a qualidade do fornecimento de tais serviços públicos, os preços, as tarifas e demais condições de atendimento aos usuários, coibindo abusos e discriminações etc.

Capítulo 5

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. INTRODUÇÃO

Os princípios fundamentais orientadores de toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, no texto da Constituição de 1988. Muitas leis citam ou enumeram princípios administrativos; todos, evidentemente, encontram-se expressos ou são decorrência lógica das disposições constitucionais referentes à atuação da Administração Pública em geral.

Dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, avultam em importância aqueles expressos no *caput* do art. 37 da Constituição. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, cinco passaram a ser esses princípios explícitos, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último acrescentado pela emenda referida).

A Lei nº 9.784/1999, que trata dos processos administrativos no âmbito federal, também incluiu, em seu art. 2º, a eficiência no rol dos princípios que informam a Administração Pública, juntamente com os princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

Devemos notar que o art. 37 da Constituição de 1988 encontra-se inserido em seu Capítulo VII – “Da Administração Pública”, especificamente correspondendo à Seção I deste Capítulo, que trata das “Disposições Gerais”. Esse fato, ao lado da expressa dicção do dispositivo, torna claro que os princípios ali enumerados são de observância obrigatória para todos os Poderes, quando estiverem no exercício de funções administrativas, e para todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios), alcançando a Administração Direta e a Indireta.

2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre enunciado no texto constitucional, ele é decorrência das instituições adotadas no Brasil. Com efeito, por força do regime democrático e do sistema representativo, presume-se que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da “vontade geral”. Assim sendo, lógico é que a atuação do Estado subordine os interesses privados.

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

O Estado, portanto, embora tenha assegurada pela ordem constitucional a prevalência dos interesses em nome dos quais atua, está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proporcionalidade, dentre outros. Conforme se constata, assim como ocorre com todos os princípios jurídicos, o postulado da supremacia do interesse público não tem caráter absoluto.

É interessante notar, ainda, que, embora o princípio da supremacia do interesse público seja um dos dois postulados fundamentais do denominado regime jurídico-administrativo, ele não está **diretamente** presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública.

Tem incidência direta, o princípio em foco, sobretudo nos atos em que a Administração Pública manifesta **poder de império** (poder extroverso), denominados, por isso, atos de império. São atos de império todos os que

a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela **verticalidade**, pela desigualdade jurídica. Esses atos, sim, são fundados diretamente no princípio da supremacia do interesse público, base de todos os poderes especiais de que dispõe a Administração Pública para a consecução dos fins que o ordenamento jurídico lhe impõe.

Quando, entretanto, a Administração atua internamente, mormente em suas atividades-meio, praticando os denominados atos de gestão e atos de mero expediente, **não** há incidência **direta** do princípio da supremacia do interesse público, simplesmente porque não há obrigações ou restrições que necessitem ser impostas aos administrados. De um modo geral, também **não** há manifestação **direta** do princípio da supremacia do interesse público quando a Administração Pública atua como agente econômico, isto é, intervém no domínio econômico na qualidade de Estado-empresário, porque, nesses casos, a atuação da Administração Pública é regida predominantemente pelo direito privado (veja-se, por exemplo, o disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição).

Cumpra ressaltar, de qualquer forma, que, ao menos indiretamente, o princípio da supremacia do interesse público irradia, sim, sobre toda atuação administrativa, uma vez que, mesmo quando não são impostas obrigações ou restrições aos administrados, os atos da Administração Pública revestem aspectos próprios do direito público, a exemplo da presunção de legitimidade.

São exemplos de prerrogativas de direito público da Administração Pública, derivadas diretamente do princípio da supremacia do interesse público:

- a) as diversas formas de intervenção na propriedade privada, como a desapropriação (assegurada justa e prévia indenização); a requisição administrativa, em que o interesse público autoriza o uso da propriedade privada, sem remuneração, só havendo indenização ulterior, se houver dano; o tombamento de um imóvel de interesse histórico;
- b) a existência das denominadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, possibilitando à Administração, por exemplo, modificar ou rescindir unilateralmente o contrato;
- c) as diversas formas de exercício do poder de polícia administrativa, traduzidas na limitação ou condicionamento ao exercício de atividades privadas, tendo em conta o interesse público;
- d) a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que impõe aos particulares o ônus de provar eventuais vícios que entendam existir no ato, a fim de obter uma decisão administrativa ou provimento judicial que afaste a sua aplicação.

3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da indisponibilidade do interesse público é um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo (o outro é o princípio da supremacia do interesse público, precedentemente estudado). Dele derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Tais restrições decorrem, exatamente, do fato de não ser a Administração Pública “dona” da coisa pública, e sim mera gestora de bens e interesses alheios (**públicos**, isto é, do povo).

Com efeito, em linguagem jurídica, diz-se que tem **disposição** sobre uma determinada coisa o seu proprietário. Quem não é proprietário de algo **não dispõe** desse algo, esse algo é, para ele, indisponível. Os bens e interesses públicos são indisponíveis, vale dizer, não pertencem à Administração, tampouco a seus agentes públicos. A esses cabe apenas a sua gestão, em prol da coletividade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público (a expressão “interesse público” é utilizada, aqui, em sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses, imediatos ou mediatos, do povo em geral, único titular da coisa pública) são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Trata-se de um princípio implícito, e dele decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência.

Não se admite, por exemplo, que a Administração Pública renuncie ao recebimento de receitas devidas ao Estado, como multas, tributos, tarifas, salvo se houver enquadramento em alguma hipótese de renúncia expressamente prevista em lei (por exemplo, anistias, remissões, transações); essas receitas são receitas públicas, logo, só a lei pode dispensar sua exigência. Em decorrência do mesmo princípio, não é possível à Administração, tampouco, alienar qualquer bem público enquanto este estiver afetado a uma destinação pública específica. Mesmo quando desafetado o bem, deve sua alienação atender a uma série de condições legais, como a realização de licitação prévia, e, no caso de imóveis da Administração Direta, autarquias e fundações públicas, observar a exigência de autorização legislativa (Lei nº 8.666/1993, art. 17, inciso I).

É mister frisar que o princípio da indisponibilidade do interesse público está diretamente presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública, diferentemente do que ocorre com o princípio da supremacia do interesse público, que, de forma direta, fundamenta essencialmente os atos de império do Poder Público.

Deveras, manifesta-se o princípio da indisponibilidade tanto no desempenho das atividades-fim, quanto no das atividades-meio da Administração, tanto quando ela atua visando ao interesse público primário, como quando visa ao interesse público secundário, tanto quando atua sob regime de direito público, como quando atua sob regime predominante de direito privado (a exemplo da atuação do Estado como agente econômico).

Conforme será visto adiante, o princípio da indisponibilidade do interesse público tem, no direito administrativo, estreita relação com o princípio da legalidade, não sendo raro o uso dessas expressões como se fossem sinônimas. Com efeito, justamente pelo fato de não ser a titular da coisa pública, de não ter disposição sobre a coisa pública, toda atuação da Administração deve atender ao estabelecido na lei, único instrumento hábil a determinar o que seja de interesse público. Afinal, a lei é a manifestação legítima daquele a quem pertence a coisa pública: o povo. O administrador não pode agir contrariamente ou além da lei, pretendendo impor o seu conceito pessoal de interesse público, sob pena de inquinar seus atos de desvio de finalidade. Deve, simplesmente, dar fiel cumprimento à lei, gerindo a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor de coisa que não é sua, mas do povo.

3.1. Interesses públicos primários e interesses públicos secundários

A abrangência do princípio da indisponibilidade do interesse público faz oportuna a referência a um ponto trabalhado pela doutrina italiana, concernente à distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários.

Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.

Em qualquer hipótese, o interesse público secundário só é legítimo quando não é contrário ao interesse público primário. Caso algum interesse público secundário seja contrário aos interesses públicos primários, nem mesmo poderá ser considerado interesse público, mas apenas um interesse administrativo ou governamental ilegítimo.

São exemplos de interesses secundários contrários ao interesse público primário, portanto, ilegítimos, apresentados pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse que o Estado poderia ter em tributar desmesuradamente os administrados, ou pagar remunerações ínfimas a seus servidores, ou não pagar indenizações cíveis quando ocasionasse danos aos administrados, ou pagar indenizações irrisórias nas desapropriações. Em todos esses casos – suponha-se que as situações envolvessem a Administração federal –, a pessoa jurídica União poderia estar pretensamente perseguindo interesses seus, como pessoa jurídica titular de direitos, pois todos eles acarretariam um enriquecimento da pessoa União. Entretanto, como são interesses, nos exemplos dados, contrários ao interesse público primário, são interesses secundários e ilegítimos (nem mesmo são interesses públicos).

Diferentemente, quando a Administração, por exemplo, pretende adquirir bens comuns e realiza uma licitação a fim de obter propostas e selecionar aquela que apresente o menor preço, estará havendo coincidência entre o interesse público primário e o interesse público secundário (por isso, nesse caso, legítimo). Ademais, esses bens adquiridos devem ter como finalidade o exercício de atividades que direta ou indiretamente visem ao interesse público primário (não se justifica a aquisição de bens pela Administração, mesmo que pelo menor preço possível, se esses bens representarem mero acréscimo patrimonial ao acervo do Poder Público, sem utilização tendente à consecução, ao menos indiretamente, de um interesse público primário).

É claro que se o interesse público secundário devesse obrigatoriamente e sempre coincidir com o primário, o conceito de interesse público secundário não teria qualquer utilidade. Há, realmente, autores que consideram que, em ordenamentos jurídicos como o nosso, em que o texto constitucional estabelece inúmeras regras objetivas e princípios expressos de atuação da Administração Pública, essa distinção carece de sentido, porque se presume que toda e qualquer atuação legítima do Estado está, invariavelmente, voltada diretamente à consecução do interesse público primário.

Em nossa opinião, mesmo no Brasil é possível fazer a distinção doutrinária entre interesse público primário e interesse público secundário. Seguindo a orientação apontada pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, caracterizamos como interesse público secundário legítimo aquele que represente um interesse de uma pessoa jurídica administrativa na qualidade de titular de direitos, mesmo sem implicar a busca **direta** da satisfação de um interesse primário, desde que: (a) não contrarie nenhum interesse público primário; e (b) possibilite atuação administrativa ao menos indiretamente tendente à realização de interesses primários.

A atuação de sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas permite ilustrar situações em que estejam presentes as condições

expostas no parágrafo precedente. Com efeito, essas entidades podem realizar operações cujo objetivo direto e imediato seja a obtenção de lucro para os seus acionistas (o que inclui o Estado). Desde que a operação não contrarie algum interesse público primário, será legítima e estará atendendo a um interesse público secundário (um interesse do próprio Estado, na qualidade de pessoa jurídica titular de direitos, não, diretamente, de gestor da coisa pública). Observe-se que os recursos que o Estado receberá, sob a forma de dividendos distribuídos aos acionistas, possibilitam sua atuação visando à satisfação de interesses públicos primários, ou seja, o atendimento a um interesse público secundário possibilitará, indiretamente, a persecução de interesses públicos primários.

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito, consistindo, a rigor, no cerne da própria qualificação destes (o Estado é dito “de Direito” porque sua atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, vigora o “império da lei”).

A formulação mais genérica deste princípio encontra-se no inciso II do art. 5º da Constituição, artigo no qual se inserem alguns dos mais importantes direitos e garantias fundamentais de nosso ordenamento. Lemos, no citado dispositivo, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como o art. 5º trata de direitos individuais, sobretudo os inicialmente delineados pelo Liberalismo do século XVIII, voltados essencialmente, portanto, à proteção dos particulares contra o Estado, temos como corolário do inciso II do art. 5º que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Podemos de pronto perceber que a última asserção é inaplicável à atividade administrativa. Deveras, para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, estando adstrita à lei, a qual expressa a “vontade geral”, manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da “coisa pública”. Tendo em conta o fato de que a Administração Pública está sujeita, sempre, ao princípio da indisponibilidade do interesse público – e não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei (e a própria Constituição), expressão legítima da “vontade geral” –, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração Pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa.

A Carta de 1988 não estabeleceu um enunciado específico para o princípio da legalidade administrativa. Conforme exposto, entretanto, pode-se afirmar que, no âmbito do direito administrativo, como decorrência do regime de

direito público, a legalidade traduz a idéia de que a Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei.

Essa é a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração. Aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíba; esta só pode fazer o que a lei determine ou autorize. Inexistindo previsão legal, não há possibilidade de atuação administrativa.

O princípio da legalidade administrativa tem, portanto, para a Administração Pública, um conteúdo muito mais restritivo do que a legalidade geral aplicável à conduta dos particulares (CF, art. 5º, II). Por outro lado, para o administrado, o princípio da legalidade administrativa representa uma garantia constitucional, exatamente porque lhe assegura que a atuação da Administração estará limitada ao que dispuser a lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade representa a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa, por conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se à expedição de comandos que assegurem a execução da lei. Como a lei consubstancia, por meio de comandos gerais e abstratos, a vontade geral, manifestada pelo Poder que possui representatividade para tanto – o Legislativo –, o princípio da legalidade possui o escopo de garantir que a atuação do Poder Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral.

Em suma, a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela administrativa) ou pelo Poder Judiciário.

Observe-se, ainda, que, em sua atuação, a Administração está obrigada à observância não apenas do disposto nas leis, mas também dos princípios jurídicos (“atuação conforme a lei e o Direito”, na feliz redação do inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999). Ademais, a Administração está sujeita a seus próprios atos normativos, expedidos para assegurar o fiel cumprimento das leis, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição. Assim, na prática de um ato individual, o agente público está obrigado a observar não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos, em suma, os atos administrativos gerais que sejam pertinentes àquela situação concreta com que ele se depara.

É importante enfatizar que a edição de atos normativos pela Administração Pública só é legítima quando exercida nos estritos limites da lei, para o fim de dar fiel execução a esta. A atividade normativa administrativa típica não pode inovar o ordenamento jurídico, não pode criar direitos ou obrigações novos, que não estejam, previamente, estabelecidos em lei, ou dela decorram.

Devemos observar que a possibilidade de o Poder Executivo expedir atos que inaugurem o direito positivo somente existe nas situações expressamente previstas no próprio texto constitucional. Tais hipóteses possuem caráter excepcional, sendo as principais a edição de medidas provisórias “com força de lei” (CF, art. 62) e de leis delegadas, cuja edição deve ser autorizada por resolução do Congresso Nacional (CF, art. 68).

Merece menção, ainda, a atribuição, bastante restrita, acrescentada pela EC nº 32/2001, de edição de decretos autônomos pelo Poder Executivo, ou seja, decretos que retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, atos primários, isto é, que não são editados em função de qualquer lei, não regulamentam lei alguma.

As matérias a serem disciplinadas por meio de decreto autônomo (matérias submetidas à denominada “reserva de Administração”) estão descritas no art. 84, inciso VI, da Constituição. São, **exclusivamente**, as seguintes: (a) organização e funcionamento da Administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e (b) extinção de cargos ou funções públicas, quando vagos. O art. 84 da Constituição aplica-se ao Presidente da República (à esfera federal, portanto). Entendemos que, por simetria, tais atribuições podem ser exercidas pelos Governadores e Prefeitos, desde que lhes dê competência a respectiva Constituição estadual ou Lei Orgânica municipal (ou do Distrito Federal).

5. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada **moral administrativa** difere da moral comum, justamente por ser **jurídica** e pela possibilidade de **invalidação** dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio.

É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de **validade** do ato administrativo, e não de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato contrário à moral administrativa **não** está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de **legitimidade**, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente.

Em consequência, o ato contrário à moral administrativa **não** deve ser revogado, e **sim** declarado **nulo**. Mais importante, como se trata de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela Administração e, **também**, pelo Poder Judiciário (desde que provocado).

A moral administrativa liga-se à idéia de **probidade** e de **boa-fé**. A Lei nº 9.784/1999, no seu art. 2º, parágrafo único, refere-se a tais conceitos nestes termos: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Consoante formulado no “Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal” (Decreto nº 1.171/1994), “o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto”.

Para atuar observando a moral administrativa não basta ao agente cumprir formalmente a lei na frieza de sua letra. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético. Por essa razão, muito frequentemente os autores afirmam que o princípio da moralidade complementa, ou torna mais efetivo, materialmente, o princípio da legalidade.

A doutrina enfatiza que a moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoal) de conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção objetiva, embora indeterminada, **passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico**. O vocábulo “objetivo”, aqui, significa que não se toma como referência um conceito pessoal, subjetivo – referente ao sujeito – de moral, mas um conceito impessoal, geral, anônimo de moral, que pode ser obtido a partir da análise das normas de conduta dos agentes públicos presentes no ordenamento jurídico. É evidente que “moral administrativa” consiste em um “conceito jurídico indeterminado”, mas, repita-se, conquanto indeterminado, trata-se de conceito **jurídico**, portanto, objetivo – e não pessoal, subjetivo.

Frise-se este ponto: afirmam os administrativistas que esse conceito objetivo de moral administrativa pode ser extraído do ordenamento jurídico, a partir do conjunto de normas, de todos os níveis, que versam sobre conduta dos agentes públicos em geral. Assim, embora sem dúvida se trate de um conceito indeterminado, com uma zona de incerteza na qual as condutas poderão, ou não, ser enquadradas como contrárias à moral administrativa, o certo é que nenhuma relevância tem a opinião do agente que praticou o ato cuja moralidade esteja sendo avaliada. Importa unicamente o que se extrai do ordenamento jurídico acerca da conduta compatível com a moralidade administrativa.

Foi grande a preocupação da Constituição de 1988 com a moralidade administrativa, e o princípio se encontra resguardado em diversos dispositivos. Cada vez mais o Poder Judiciário tem conferido efetividade ao postulado e, hoje, não é raro depararmos com sentenças e acórdãos invalidando atos ou procedimentos por ferirem a moralidade administrativa.

É ilustrativa dessa noção esta ementa, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.”

O § 4º do art. 37 do Texto Magno cuida da lesão à moralidade, referindo-se à **improbidade administrativa**, nos seguintes termos:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Com ênfase ainda maior, o art. 85, inciso V, da Carta da República tipifica como **crime de responsabilidade** os atos do Presidente da República que atentem contra a **probidade administrativa**.

Ao lado desses dispositivos, a Constituição confere aos particulares o poder de controlar o respeito ao princípio da moralidade administrativa, seja mediante provocação à própria Administração Pública, por exemplo, exercendo o direito de petição, seja por meio de ações judiciais diversas. Um importante meio de **controle judicial** da moralidade administrativa é a **ação popular**, remédio constitucional previsto no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição nestes termos (grifamos):

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular** ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

6. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Os autores tratam do princípio administrativo da impessoalidade sob dois prismas, a saber:

- a) como determinante da finalidade de toda a atuação administrativa (também chamado princípio da **finalidade**, considerado um princípio constitucional implícito, inserido no princípio expresso da impessoalidade);

Essa primeira é a acepção mais tradicional do princípio da impessoalidade, e traduz a idéia de que toda atuação da Administração deve visar ao interesse público, deve ter como finalidade a satisfação do interesse público.

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência. Dessa forma, ele impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será **nulo** por desvio de finalidade. Exemplo marcante de ofensa ao princípio da impessoalidade (e também ao da moralidade, entre outros) é a prática do nepotismo – nomeação de parentes para cargos cujo provimento não exija concurso público –, infelizmente ainda corriqueira em nossos meios políticos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade, especialmente na acepção ora em foco, é decorrência da isonomia (ou igualdade) e tem desdobramentos explícitos em dispositivos constitucionais como o art. 37, inciso II, que impõe o concurso público como condição para ingresso em cargo efetivo ou emprego público (oportunidades iguais para todos), e o art. 37, inciso XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.

A finalidade da atuação da Administração pode estar expressa ou implícita na lei. Há sempre uma finalidade geral, que é a satisfação do interesse público, e uma finalidade específica, que é o fim direto ou imediato que a lei pretende atingir.

Por exemplo, o ato de remoção tem a finalidade específica de adequar o número de servidores lotados nas diversas unidades administrativas de um órgão ou entidade às necessidades de mão-de-obra de cada unidade, conforme a disponibilidade total de servidores no órgão ou entidade. Se um ato de remoção é praticado com a finalidade de punir um servidor, que tenha cometido uma irregularidade, ou que trabalhe de forma insatisfatória, o ato será nulo, por desvio de finalidade, mesmo que existisse efetiva necessidade de pessoal no local para onde o servidor foi removido.

Observe-se que, no exemplo, a remoção não seria frontalmente contrária ao interesse público, não desatenderia abertamente a finalidade geral, porque realmente havia necessidade de pessoal na unidade para a qual o servidor foi deslocado, mas basta o desvio da finalidade específica para tornar o ato nulo.

Outro exemplo. Imagine-se que um servidor, um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, peça licença para capacitação, prevista no art. 87 da Lei nº 8.112/1990, a fim de participar de um curso de pintura em porcelana. São os seguintes os termos do citado dispositivo legal: “Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional.” Suponhamos que a licença seja concedida.

Nesse caso, temos desvio da finalidade geral e da finalidade específica, pois o ato é contrário ao interesse público (o servidor ficará remuneradamente sem trabalhar para fazer um curso que não interessa a suas atribuições) e é contrário à finalidade específica da lei (pintura em porcelana não é, para esse servidor, “capacitação profissional”).

b) como vedação a que o agente público valha-se das atividades desenvolvidas pela Administração para obter promoção pessoal.

A segunda acepção do princípio da impessoalidade está ligada à idéia de vedação à pessoalização das realizações da Administração Pública, à promoção pessoal do agente público. Está consagrada no § 1º do art. 37 da Constituição, nestes termos:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Observa-se que esse segundo desdobramento do princípio da impessoalidade tem por escopo proibir a vinculação de atividades da Administração à pessoa dos administradores, evitando que estes utilizem a propaganda oficial para sua promoção pessoal.

Assim, uma obra pública realizada, por exemplo, pelo Estado do Rio de Janeiro, nunca poderá ser anunciada como realização de José da Silva, Governador, ou de Maria das Graças, Secretária Estadual de Obras, pela propaganda oficial. Será sempre o “Governo do Estado do Rio de Janeiro” o realizador da obra, vedada a alusão a qualquer característica do governante, inclusive a símbolos relacionados a seu nome.

Cabe anotar, por fim, que a Lei nº 9.784/1999 refere-se a ambas as acepções do princípio da impessoalidade, no seu art. 2º, parágrafo único, incisos III e XIII, abaixo transcritos:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....

III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

.....

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade também apresenta uma dupla acepção em face do sistema decorrente da Constituição de 1988, a saber:

- a) exigência de **publicação** em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou onerem o patrimônio público;

Nessa acepção, a publicidade não está ligada à validade do ato, mas à sua **eficácia**, isto é, enquanto não publicado, o ato não está apto a **produzir efeitos**. Evidentemente, em um Estado de Direito, é inconcebível a existência de atos sigilosos ou confidenciais que pretendam incidir sobre a esfera jurídica dos administrados, criando, restringindo ou extinguindo direitos, ou que onerem o patrimônio público.

Cabe observar que o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/1993 estabelece como requisito indispensável de eficácia dos **contratos administrativos** a publicação resumida do seu instrumento na imprensa oficial.

- b) exigência de **transparência** da atuação administrativa.

Essa acepção, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, diz respeito à exigência de que seja possibilitado, da forma mais ampla possível, o controle da Administração Pública pelos administrados.

Um dispositivo que deixa bem clara essa exigência de atuação transparente é o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, reproduzido abaixo (deve-se observar que não se trata de um direito absoluto):

“XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Importante garantia individual apta a assegurar a exigência de transparência da Administração Pública é o **direito de petição** aos Poderes Públicos; o mesmo se pode dizer do direito à obtenção de **certidões** em repartições públicas (CF, art. 5º, XXXIV, “a” e “b”, respectivamente).

Decorrência lógica do princípio da transparência é a regra geral segundo a qual os atos administrativos devem ser motivados. Com efeito, a **motivação** (exposição, por escrito, dos motivos que levaram à prática do ato) possibilita o efetivo controle da legitimidade do ato administrativo pelos órgãos de controle e pelo povo em geral. De forma mais ampla, a **cidadania** fundamenta a exigência de motivação, uma vez que esta é essencial para assegurar o efetivo controle da Administração, inclusive o controle popular, uma das mais evidentes manifestações do exercício da cidadania.

O princípio da motivação dos atos administrativos não é um princípio que esteja expresso na Constituição para toda a Administração Pública. Entretanto, especificamente para a atuação administrativa dos tribunais do Poder Judiciário a motivação está expressamente exigida no texto constitucional, no art. 93, inciso X, transcrito abaixo (grifou-se):

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....

X – as **decisões administrativas dos tribunais serão motivadas** e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.”

8. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A EC nº 19/1998 incluiu a eficiência como princípio expresso, no *caput* do art. 37 da Constituição, ao lado dos quatro princípios anteriormente estudados.

A introdução da eficiência, como princípio explícito, no *caput* do art. 37 da Carta da República, aplicável a toda atividade administrativa de todos os Poderes de todas as esferas da Federação, demonstra bem a concepção

de Administração Pública propugnada pelos arautos da corrente política e econômica comumente denominada – em que pesem as críticas a esta expressão – neoliberalismo.

Conquanto perfilhem a assim chamada “doutrina do Estado mínimo”, esses teóricos reconhecem que a existência de uma Administração Pública é inevitável nas sociedades contemporâneas. Entendem, entretanto, que os controles a que está sujeita a Administração Pública, e os métodos de gestão que utiliza, acarretam morosidade, desperdícios, baixa produtividade, enfim, grande ineficiência, em comparação com a administração de empreendimentos privados. Propõem, dessa forma, que a Administração Pública aproxime-se o mais possível da administração das empresas do setor privado. Esse modelo de Administração Pública, em que se privilegia a aferição de **resultados**, com ampliação de autonomia dos entes administrativos e redução dos controles de atividades-meio, identifica-se com a noção de **administração gerencial**, e tem como postulado central exatamente o princípio da eficiência.

Exemplo típico de instrumento com essa finalidade – privilegiar a aferição do atingimento de resultados, com ampliação da autonomia administrativa de entidades e órgãos públicos, traduzida na redução dos controles das atividades-meio – são os contratos de gestão previstos no § 8º do art. 37 da Carta Política, dispositivo também incluído pela EC nº 19/1998.

Para a Professora Maria Sylvia Di Pietro o princípio em foco apresenta dois aspectos:

- a) relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados;
- b) quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, exige-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Exemplos de desdobramentos do princípio da eficiência, quanto ao primeiro aspecto, todos introduzidos pela EC nº 19/1998, são a exigência de avaliação especial de desempenho para a aquisição da estabilidade pelo servidor público e a perda do cargo do servidor estável “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (CF, art. 41).

Outro exemplo, também quanto ao primeiro aspecto, temos no art. 39, § 2º, da Constituição:

“§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos

um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.”

O objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia. A eficiência, aliás, integra o conceito **legal** de serviço público adequado (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 1º).

A idéia de eficiência aproxima-se da de economicidade, princípio expresso no art. 70, *caput*, da Constituição, referente ao controle financeiro da Administração Pública. Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a **relação custo/benefício** da atividade da Administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes.

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

Eficiência tem como corolário a boa qualidade. A partir da positivação desse princípio como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para exigir a efetividade do exercício de direitos sociais, como a educação e a saúde, os quais têm que ser garantidos pelo Estado com qualidade ao menos satisfatória. Pelo mesmo motivo, o cidadão passa a ter o direito de questionar a qualidade das obras e atividades públicas, exercidas diretamente pelo Estado ou por seus delegatários.

Note-se que, sendo um princípio expresso, a eficiência indiscutivelmente integra o controle de legalidade ou legitimidade, e não de mérito administrativo. Deveras, a atuação eficiente não é questão de conveniência e oportunidade administrativa, mas sim uma obrigação do administrador, vale dizer, não é cabível a Administração alegar que, dentre diversas atuações possíveis, deixou de escolher a mais eficiente porque julgou conveniente ou oportuno adotar uma outra, menos eficiente. Com isso, é possibilitada, em tese, a apreciação pelo Poder Judiciário de um ato administrativo quanto a sua eficiência (o ato ineficiente é ilegítimo, o que enseja sua anulação, ou, se a anulação causar ainda mais prejuízo ao interesse público, responsabilização de quem lhe deu causa).

9. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressos no texto constitucional. São eles, na verdade, princípios gerais de Direito, aplicáveis a praticamente todos os ramos da ciência jurídica.

Embora sejam implícitos, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do **devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Esse “aspecto substantivo” do princípio do devido processo legal diz respeito à proteção material direta dos bens e da liberdade em sentido amplo, isto é, à proteção direta desses bens jurídicos em si mesmos considerados, diferentemente do “aspecto formal ou adjetivo”, que diz respeito às **garantias processuais** (ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, ônus da prova para a acusação, juiz natural, vedação a tribunais de exceção, dentre outras), ou seja, aos **instrumentos** de proteção daqueles bens jurídicos.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade vêm sendo seguidamente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de leis.

É freqüente os autores, e mesmo a jurisprudência, sobretudo no âmbito do direito constitucional, tratarem razoabilidade e proporcionalidade como um único e mesmo princípio jurídico, empregando esses termos como sinônimos, no mais das vezes dando preferência ao uso da expressão “princípio da proporcionalidade”. Na seara do direito administrativo, pensamos ser mais usual a referência a “princípio da razoabilidade” como um gênero, constituindo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, comumente relacionada a situações que envolvam atos administrativos sancionatórios.

Seja como for, certo é que, no âmbito do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram aplicação especialmente no **controle de atos discricionários** que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas. Deve ser esclarecido desde logo que se trata de controle de legalidade ou legitimidade, e não de controle de mérito, vale dizer, não se avaliam conveniência e oportunidade administrativas do ato – o que implicaria, se fosse o caso, a sua revogação –, mas sim a sua validade. Sendo o ato ofensivo aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, será declarada sua **nulidade**; o ato será anulado, e **não** revogado.

É diante de situações concretas, sempre no contexto de uma **relação meio-fim**, que devem ser aferidos os critérios de **razoabilidade e proporcionalidade**, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Pública são adequadas, necessárias e

justificadas pelo interesse público: se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado.

Embora, conforme alertado anteriormente, não seja feita, muitas vezes, uma distinção precisa entre os dois princípios ora em tela, pensamos ser mais freqüente os administrativistas associarem o princípio da **razoabilidade** às análises de **adequação** e de **necessidade** do ato ou da atuação da Administração Pública. Assim, não basta que o ato tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trate de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária.

De modo mais específico, o requisito da **adequação** obriga o administrador a perquirir se o ato por ele praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos (Alcançará o ato os resultados almejados?). Se não for adequado, é evidentemente ilegítima a prática do ato. Diz-se, nesse caso, que o ato é desarrazoado por inadequação (ressalvamos não ser incomum os autores e os tribunais falarem, em vez disso, em ato desproporcional; é freqüente esses princípios serem citados de forma indiscriminada, como sinônimos).

Já o requisito **necessidade** concerne à exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas. Deve-se indagar se haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (Está desmedida, excessiva, desnecessária, a medida adotada? Os mesmos resultados não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?). Em síntese, sempre que a autoridade administrativa tiver à sua disposição mais de um meio para a consecução do mesmo fim deverá utilizar aquele que se mostre menos gravoso aos administrados, menos restritivo aos direitos destes. Se for adotado um ato mais restritivo do que o estritamente necessário ao atingimento dos resultados pretendidos, diz-se que ele é desarrazoado (ou desproporcional) por falta de necessidade, por ser mais restritivo do que o necessário. Essa faceta do princípio da razoabilidade é às vezes citada como “princípio da proibição de excesso” (contudo, alertamos que “proibição de excesso” é também uma expressão freqüentemente empregada de forma indiscriminada, muitas vezes como sinônimo de princípio da proporcionalidade).

Em resumo, o princípio da razoabilidade tem por escopo aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato administrativo, de modo a evitar restrições aos administrados inadequadas, desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública.

O eminente Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece brilhantemente os contornos da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito do direito administrativo.

Para esse autor, significa o princípio da razoabilidade que “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”.

O **princípio da proporcionalidade** (citado por alguns autores, conforme antes referido, como “princípio da proibição de excesso”), segundo a concepção a nosso ver majoritária na doutrina administrativista, representa, em verdade, uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Isso porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Se o ato administrativo não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada.

Impede o princípio da proporcionalidade que a Administração restrinja os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas, desnecessárias, induz à ilegalidade do ato, por **abuso de poder**. Esse princípio fundamenta-se na idéia de que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público.

O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo, no controle dos **atos sancionatórios**, especialmente nos atos de **polícia administrativa**. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório deve corresponder, deve guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma sanção severa.

É mister registrar que alguns autores referem-se a “proporcionalidade em sentido estrito” com um sentido um pouco diferente desse que se vem expor. Para eles, a verificação de “proporcionalidade em sentido estrito” consiste em perquirir se as restrições decorrentes do ato são compensadas pelos benefícios que ele proporciona, ou seja, verifica-se se a prática do ato mais promove do que restringe direitos fundamentais, se há mais “prós” do que “contras” na sua adoção, se a “resultante” favorece mais do que prejudica o conjunto dos direitos constitucionalmente protegidos. Se as restrições

decorrentes do ato não forem sobrepujadas pelas vantagens proporcionadas ao interesse público com a sua adoção, ele não pode ser praticado, será ilegítima a sua prática.

É oportuno observar que, na Lei nº 9.784/1999, razoabilidade e proporcionalidade são princípios expressos (art. 2º, *caput*). Além disso, a lei explicita o conteúdo desses princípios, ao determinar que deverá ser observada, nos processos administrativos, “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, parágrafo único, VI).

Formulemos um exemplo um tanto exagerado para tornar bem nítida a aplicação desses princípios.

Imagine-se que um agente da vigilância sanitária de um município, em visita a um grande supermercado, encontrasse em uma prateleira alguns pacotes de uma determinada marca de biscoitos uns dois ou três dias fora do prazo de validade. O agente, então, como sanção administrativa, decreta a interdição do estabelecimento por 15 dias. Uma lei do hipotético município determina como possíveis sanções para estabelecimentos que ofereçam à população alimentos inadequados ao consumo, aplicáveis a critério da autoridade administrativa, conforme a gravidade e as consequências da infração: (a) multa; (b) apreensão e destruição das mercadorias impróprias; e (c) interdição do estabelecimento por até 15 dias.

Nesse exemplo, fica claro que o meio utilizado pelo agente – interdição do estabelecimento – desatendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora a **finalidade** de sua atuação fosse a defesa do interesse público (proteção dos consumidores), ele possuísse **competência** para decretar a interdição do estabelecimento e supondo que houvesse atendido às **formalidades** legais para a aplicação da sanção, podemos dizer que houve inadequação do instrumento utilizado para a obtenção do fim visado. Além disso, dentre as possibilidades de atuação que poderiam apresentar o mesmo resultado, o agente escolheu aquela mais gravosa ao particular e até à coletividade. O agente poderia ter obtido a desejada proteção dos consumidores simplesmente determinando a apreensão e a destruição dos biscoitos vencidos e punindo o responsável pelo supermercado com a aplicação de uma multa.

Verifica-se, ainda, que a sanção aplicada não foi proporcional à falta cometida. Ora, se o agente aplicou a sanção mais rigorosa prevista na lei pelo motivo citado, qual seria a sanção aplicável a um supermercado em que muitos alimentos, incluindo peixes, carnes, enlatados estivessem francamente estragados, oferecendo muito mais sérios riscos aos consumidores? Teria que ser aplicada a mesma sanção, uma vez que a interdição do estabelecimento pelo prazo de 15 dias era a sanção mais grave prevista na lei.

Portanto, em nosso exemplo, o ato administrativo de interdição do estabelecimento poderia ser **anulado** pelo Poder Judiciário, em razão de haver a Administração menoscabado os princípios implícitos da razoabilidade (os meios utilizados não foram adequados ao fim visado, causando mesmo mais transtornos do que oferecendo segurança à população, e não havia necessidade da utilização de um meio tão gravoso para a garantia da defesa dos consumidores) e da proporcionalidade (a Administração aplicou a mais rigorosa dentre as sanções legais para punir uma falta evidentemente leve).

Quanto à importância desses princípios, é mister enfatizar que, independentemente da distinção que os administrativistas e a jurisprudência façam – quando fazem alguma – entre razoabilidade e proporcionalidade, há consenso sobre serem instrumentos dos mais relevantes para o controle da legitimidade do exercício do poder discricionário pela Administração Pública. Essa aferição dos limites do exercício legítimo do poder discricionário visa a evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa, como manto protetor de atos que, embora praticados sob o fundamento da discricionariedade, revistam-se, em verdade, de arbitrariedade. A exigência de observância desses princípios impõe limitações à discricionariedade administrativa, ampliando os aspectos de controle do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário (embora a própria Administração Pública, no exercício do seu poder de autotutela, possa, ela mesma, anular um ato seu por considerá-lo desarrazoado ou desproporcional, a verdade é que, na prática, esse controle é realizado na quase totalidade dos casos pelo Poder Judiciário).

Nunca é demais frisar que, embora razoabilidade e proporcionalidade sejam princípios utilizados para controlar a discricionariedade administrativa, **não** se trata de controle de **mérito** administrativo. Vale dizer, o ato que fira a razoabilidade ou proporcionalidade é um ato ilegítimo (não é meramente inconveniente ou inoportuno), e deve ser anulado (não é cabível cogitar revogação sob o fundamento de que o ato seja desarrazoado ou desproporcional).

Assim, o controle da discricionariedade pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser entendido desta forma: quando a Administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, praticando, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativas, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública).

Finalizando, consideramos oportuno registrar que, em alguns casos, o princípio da razoabilidade tem sido empregado como critério de interpretação de outros princípios constitucionais, como é exemplo o princípio da igualdade. Situações que, à primeira vista, poderiam ser consideradas ofensivas ao princípio da isonomia, por implicarem discriminação entre indivíduos, têm sido consideradas legítimas pelos tribunais do Poder Judiciário, inclusive pelo Pretório Excelso. Assim, com fundamento nesse princípio implícito, o Supremo Tribunal Federal tem considerado legítimas certas restrições impostas em concursos públicos (por exemplo, limite de idade, altura mínima, graduação específica), desde que haja **razoabilidade** para o discrimine.

10. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

O princípio da autotutela, também referido como poder de autotutela administrativa pode ser, dependendo do caso, uma verdadeira prerrogativa ou um poder-dever da administração pública.

Como sabemos, no Brasil vigora o princípio da inafastabilidade de jurisdição, ou sistema de jurisdição única, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

Ao lado dessa possibilidade absoluta de apreciação pelo Poder Judiciário, quando provocado, de atos que possam implicar lesão ou ameaça a direito, existe o poder administrativo de autotutela. O poder de autotutela possibilita à administração pública controlar seus próprios atos, apreciando-os quanto ao mérito e quanto à legalidade. É um princípio implícito, que decorre da natureza da atividade administrativa e de princípios expressos que a orientam, especialmente o princípio da legalidade. O controle de legalidade efetuado pela administração sobre seus próprios atos, evidentemente, não exclui a possibilidade de apreciação da legalidade desses pelo Poder Judiciário.

O princípio da autotutela instrumenta a Administração para a revisão de seus próprios atos, consubstanciando um meio adicional de controle da atuação da Administração Pública, e no que respeita ao controle de legalidade, reduzindo o congestionamento do Poder Judiciário.

Diz-se que o princípio da autotutela autoriza o controle, pela Administração, dos atos por ela praticados, sob dois aspectos:

- a) de **legalidade**, em que a Administração pode, de ofício ou provocada, **anular** os seus atos **ilegais**;
- b) de **mérito**, em que examina a conveniência e oportunidade de manter ou desfazer um ato **legítimo**, nesse último caso mediante a denominada **revogação**.

A Administração Pública, no desempenho de suas múltiplas atividades, está sujeita a erros; nessas hipóteses, ela mesma pode (e deve) tomar a iniciativa de repará-los, a fim de restaurar a situação de regularidade e zelar pelo interesse público. Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos ilegais. Pode fazê-lo de ofício. Nesse aspecto, difere do controle judicial o controle administrativo de legalidade decorrente da autotutela, uma vez que para a realização daquele o Poder Judiciário necessita sempre ser provocado.

É importante frisar que não é só em relação a atos ilegais que a Administração pública exerce o poder-dever de autotutela, anulando-os. Os atos válidos, sem qualquer vício, que, no entender da Administração, se tornarem inconvenientes ao interesse público também podem ser retirados do mundo jurídico no uso da autotutela. Nessa hipótese, de revogação de um ato válido que se tornou inconveniente – verdadeiro poder da Administração Pública, exercido com suporte, também, no poder discricionário –, somente a própria Administração que editou o ato tem a possibilidade de controle. Vale dizer, o Poder Judiciário não pode retirar do mundo jurídico atos válidos editados por outro Poder.

Dessarte, o exercício do poder de autotutela pela Administração para o fim de **revogar** atos administrativos, com fundamento em razões de conveniência e oportunidade administrativas, sendo um poder discricionário, é de exercício exclusivo pela própria Administração que praticou o ato; o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, nunca aprecia a conveniência de um ato, mas tão-somente a sua legalidade e legitimidade.

Em suma, o princípio da autotutela autoriza a atuação da Administração de forma mais ampla do que ocorre no âmbito do controle judicial, uma vez que somente ela própria possui competência para revogar seus atos administrativos, e porque, tanto na revogação quanto na anulação, pode agir sem provocação (de ofício).

O princípio da autotutela administrativa está consagrado na Súmula 473 do STF, nestes termos:

“**473** – A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Por fim, alertamos que não se deve confundir poder de autotutela com **tutela** administrativa, expressão empregada como sinônimo de **controle finalístico**, ou **supervisão**, que a Administração Direta exerce, nos termos e limites da lei, sobre as entidades da Administração Indireta.

11. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio implícito, decorrente do regime de direito público a que eles estão sujeitos. Deve-se observar que a expressão “serviços públicos”, aqui, é empregada em sentido amplo, abrangendo todas as atividades da Administração Pública regidas pelo direito público, e não apenas o fornecimento de utilidades fruíveis diretamente pela população.

Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades.

A aplicação desse princípio implica restrição a determinados direitos dos prestadores de serviços públicos e dos agentes envolvidos em sua prestação. Uma peculiaridade do princípio da continuidade dos serviços públicos é que sua observância é obrigatória não só para toda a Administração Pública, mas também para os particulares que sejam incumbidos da prestação de serviços públicos sob regime de delegação (concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos).

Decorrencia relevante do princípio da continuidade dos serviços públicos é o fato de o texto constitucional tratar a greve dos servidores públicos **não** como um direito auto-exercitável, de forma plena, independente de regulamentação legal, mas sim como um direito a ser exercido nos termos e **limites** definidos em lei específica.

Outro exemplo de restrição decorrente do princípio da continuidade dos serviços públicos é a impossibilidade de o particular prestador de serviço público por delegação interromper sua prestação, mesmo que o poder concedente descumpra os termos do contrato que tenha celebrado com ele. Essa restrição é a denominada inoponibilidade da “exceção do contrato não cumprido” (*exceptio non adimpleti contractus*). No caso da prestação de serviços públicos, o particular prejudicado pela Administração Pública somente poderá rescindir o contrato mediante sentença judicial transitada em julgado (Lei nº 8.987/1995, art. 39, parágrafo único).

A obrigação de que os serviços públicos prestados à população sejam adequados está expressa no art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal. A Lei nº 8.987/1995, que regula a prestação de serviços públicos sob regime de concessão e de permissão, define serviço adequado como aquele que atenda aos requisitos nela expressos, dentre os quais se encontra o da continuidade.

Capítulo 6

PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

1. NOÇÕES

Tendo em conta o princípio da supremacia do interesse público, a ordem jurídica confere aos agentes públicos certas prerrogativas para que eles, em nome do Estado, persigam a consecução dos fins públicos. Essas prerrogativas são outorgadas por lei, exigem a observância dos princípios administrativos – moralidade, impessoalidade, razoabilidade etc. – e destinam-se a possibilitar o atingimento do fim maior da Administração Pública: a satisfação do interesse público. Essas prerrogativas consubstanciam os chamados **poderes do administrador público**.

Por outro lado, especialmente em decorrência da indisponibilidade do interesse público, a lei impõe ao administrador público alguns deveres específicos e peculiares, preordenados a assegurar que sua atuação efetivamente se dê em benefício do interesse público, e sob controle direto e indireto do titular da coisa pública, o povo. São os chamados **deveres administrativos**.

Como se vê, a existência, para o agente público, de prerrogativas especiais e deveres peculiares, nada mais é do que decorrência do denominado regime jurídico-administrativo, regime de direito público assentado, conforme exposto anteriormente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

2. DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

São os seguintes os principais deveres do administrador público enumerados pela doutrina:

- a) poder-dever de agir;
- b) dever de eficiência;
- c) dever de probidade;
- d) dever de prestar contas.

2.1. Poder-dever de agir

O **poder-dever de agir** do administrador público é hoje pacificamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Significa dizer que o poder administrativo, por ser conferido à Administração para o atingimento do fim público, representa um **dever de agir**. Enquanto no direito privado o poder de agir é uma mera faculdade, no Direito Administrativo é uma imposição, um **dever de agir** para o agente público.

Na lição do Prof. Hely Lopes Meirelles, “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da coletividade”.

Para ilustrar a importância desse poder-dever da Administração Pública, podemos citar duas significativas decorrências:

- 1ª) os poderes administrativos são irrenunciáveis, devendo ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares;
- 2ª) a omissão do agente, diante de situações que exigem sua atuação, caracteriza abuso de poder, que poderá ensejar, até mesmo, responsabilidade civil da Administração.

2.2. Dever de eficiência

O **dever de eficiência** traduz-se na exigência de elevado padrão de qualidade na atividade administrativa, na imposição de que o administrador e os agentes públicos em geral tenham sua atuação pautada por celeridade, perfeição técnica, economicidade, coordenação, controle etc. É um dever imposto a todos os níveis da Administração Pública.

Cabe ressaltar que a Emenda Constitucional nº 19/1998 erigiu esse dever à categoria de princípio constitucional da Administração Pública (princípio

da eficiência, expresso no art. 37, *caput*), manifestando preocupação não só com a produtividade do servidor, mas também com o aperfeiçoamento de toda a máquina administrativa, por meio da criação de institutos e controles que permitam uma melhor avaliação do desempenho de seus órgãos, entidades e agentes.

Exemplos de corolários desse novo paradigma introduzido no texto constitucional, representando a adoção do modelo de gestão pública usualmente denominado “administração gerencial”, marcado pela ênfase na eficiência e nos controles de resultado, são: a possibilidade de perda do cargo do servidor público estável em razão de insuficiência de desempenho; o estabelecimento, como condição para a aquisição da estabilidade, de avaliação especial de desempenho; a possibilidade de celebração de contratos de gestão entre o Poder Público e seus órgãos e entidades, visando a propiciar um maior controle dos resultados de suas atividades, entre outros.

2.3. Dever de probidade

O **dever de probidade** exige que o administrador público, no desempenho de suas atividades, atue sempre com ética, honestidade e boa-fé, em consonância com o princípio da moralidade administrativa.

Trata-se de dever imposto pela Constituição da República a todo agente público, cuja inobservância acarreta, dentre outras, as consequências estabelecidas no seu art. 37, § 4º, abaixo transcrito:

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Regulamentando esse importante dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa, classificando-os em três grupos: os que dão ensejo a enriquecimento ilícito; os que geram prejuízo ao erário; os que ofendem os princípios da Administração Pública.

2.3.1. Os atos de improbidade na Lei nº 8.429/1992

A Lei nº 8.429, de 1992, cuida dos atos de improbidade praticados por agente público, servidor ou não, contra o Poder Público nas três esferas de Governo.

O primeiro ponto digno de nota respeita aos destinatários da Lei. Seus dispositivos aplicam-se não apenas aos agentes públicos, mas também àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta. Cabe lembrar que o conceito de agente público para efeito de aplicação das penalidades previstas na Lei é bastante amplo, abrangendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades que figuram como sujeito passivo do ato de improbidade administrativa. Engloba os servidores e empregados públicos, os membros de Poderes, os agentes políticos etc.

É importante registrar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, não obstante a clareza dos dispositivos da Lei nº 8.429/1992, acerca de sua abrangência (arts. 1º a 3º), decidiu que ela não se aplica a todos os agentes políticos. Segundo entendimento da Corte Suprema, a Lei nº 8.429/1992 não se aplica aos agentes políticos sujeitos ao “regime de crime de responsabilidade” (Rel nº 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.06.2007). Impende transcrever, dada a sua importância, parte do que foi noticiado sobre esse julgado, no Informativo STF nº 471:

“Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, ‘c’, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, ‘c’, da CF.”

Temos esperança de que o Supremo Tribunal Federal reverta o mais brevemente possível essa orientação, tão contrária, a nosso ver, à mais coezinha noção de interesse público.

Os sujeitos passivos (vítimas diretas) dos atos de improbidade administrativa são:

- a) a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

- b) empresa incorporada ao patrimônio público e entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual;
- c) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A Lei estabelece sanções de natureza **administrativa** (perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público), **civil** (indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, multa civil) e **política** (suspensão dos direitos políticos). Não cuida de sanções penais (o único crime previsto na Lei, em seu art. 19, é a “representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente”). Deve-se notar, entretanto, como expressamente consta do texto legal, que as penalidades previstas na Lei nº 8.429/1992 são aplicadas independentemente de outras sanções, previstas em outras leis. Muitos dos atos descritos como atos de improbidade administrativa na Lei nº 8.429/1992 coincidem com tipos penais, ou seja, constituem crimes, previstos nas leis penais. Nesses casos, além das penalidades estabelecidas na Lei nº 8.429/1992 para o ato de improbidade, o agente responderá na esfera penal quando esse ato for tipificado como crime em uma lei penal, estando sujeito às penas nela cominadas (p. ex., reclusão, multa penal).

O objeto da ação de improbidade administrativa é a punição do agente, não a anulação do ato ou contrato. Para esse fim – anulação do ato ou contrato – devem ser utilizadas as vias apropriadas, como a ação popular, a ação civil pública etc.

A Lei nº 8.429/1992 classifica os atos de improbidade administrativa em três grandes grupos:

- a) Atos de Improbidade Administrativa que Importam em Enriquecimento Ilícito;
- b) Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário;
- c) Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

É considerado **ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade públicos.

A prática de atos dessa natureza acarreta para o responsável, além das sanções penais, civis e administrativas, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos durante **oito a dez anos**, o pagamento de multa civil de até **três vezes** o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **dez anos**.

É considerado **ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Poder Público.

As sanções decorrentes de atos classificados nesse grupo, embora bastante pesadas, são menos gravosas do que as relacionadas aos atos do grupo anterior. Na hipótese ora tratada, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito ao ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por **cinco a oito anos**, pagamento de multa civil de até **duas vezes** o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **cinco anos**.

Por último, é considerado ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da Administração Pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Nessa hipótese, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por um período de **três a cinco anos**, pagamento de multa civil de até **cem vezes o valor da remuneração** percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **três anos**.

Como notamos, as sanções cominadas pela prática de atos de improbidade administrativa pertencentes a esse terceiro grupo são menos gravosas do que as previstas para os outros dois. Portanto, podemos afirmar que a Lei estabeleceu uma idéia de hierarquia entre os grupos de atos de improbidade administrativa no que se refere a sua gravidade e lesividade social. Os atos

do primeiro grupo – os que importam enriquecimento ilícito – seriam os mais lesivos e juridicamente reprováveis, os atos enquadrados na segunda categoria – os que causam lesão ao erário, sem importar enriquecimento ilícito do agente – ocupariam uma posição intermediária e os atos pertencentes ao terceiro grupo – os que atentam contra os princípios da Administração – seriam considerados menos graves do que os demais. De toda forma, as penalidades cominadas à prática de qualquer desses atos são significativamente pesadas, o que nos permite afirmar que todos eles são juridicamente considerados atos de grande lesividade social.

Em homenagem aos princípios constitucionais da moralidade e da publicidade, a Lei nº 8.429/1992 permite que qualquer pessoa represente à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

A **aplicação das sanções** legais, em qualquer das hipóteses, **independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público** e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

O Ministério Público é legitimado para ingressar com **ação cautelar** para requerer o “sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio” podendo o pedido incluir, quando for o caso, a “investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais” (art. 16).

A ação principal seguirá o rito **ordinário** e pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar (se houver). É **vedada a transação, acordo ou conciliação** nas ações por atos de improbidade administrativa. A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações civis necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

A **perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória**. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá, todavia, determinar o afastamento temporário do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

As ações destinadas à aplicação das sanções **prescrevem** em até **cinco anos** após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou

de função de confiança e, caso se trate de agente que exerça cargo efetivo ou emprego público, no prazo prescricional previsto para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Cabe lembrar que as ações civis de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição.

Quanto à competência para o julgamento de ação de improbidade administrativa envolvendo ato de autoridade pública que seja detentora de foro especial por prerrogativa de função, constitucionalmente fixado, é entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal que a prerrogativa de foro somente é invocável nos procedimentos de caráter penal, não se estendendo às ações de natureza cível (STF, Inquérito 1.202-5/CE, rel. Min. Carlos Velloso). Além disso, para a Corte Suprema, a lista de suas competências originárias constitui rol **exaustivo**, constante do art. 102, inciso I, da Carta Política, o qual não contempla a competência para o julgamento de ações de improbidade administrativa.

Entretanto, a **Lei nº 10.628, de 24.12.2002**, pretendeu modificar essa situação, dispondo que a ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429/1992, deveria ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública (Código de Processo Penal, art. 84, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.628/2002).

Dispôs, ainda, que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria mesmo que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública (Código de Processo Penal, art. 84, §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.628/2002). Com isso, tencionou superar a jurisprudência pacífica do STF, segundo a qual o foro por prerrogativa de função persiste, tão-somente, enquanto durar o mandato, devendo os autos, na hipótese de encerramento do mandato, ser devolvidos ao juízo comum.

Essas duas regras trazidas pela Lei nº 10.628/2002 (parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal) foram declaradas inconstitucionais pelo STF, no julgamento das ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.09.2005. O resumo do julgado encontra-se no Informativo STF nº 401, do qual transcrevemos o seguinte excerto (grifamos):

“Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro

O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB para declarar, por maioria, a **inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002**. Entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP,

além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao **inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional**, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário. Considerando, ademais, que o § 2º do art. 84 do CPP veiculou duas regras — a que estende, à **ação de improbidade administrativa, a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais** e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do § 1º do citado artigo — concluiu-se que a primeira **resultaria na criação de nova hipótese de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal**, e a segunda estaria atingida por arrastamento. Ressaltou-se, ademais, que **a ação de improbidade administrativa é de natureza civil**, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que **o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria.**”

Por fim, consideramos oportuno repetir o registro que fizemos no início deste tópico. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl nº 2.138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, em 13.06.2007, decidiu que a Lei nº 8.429/1992 não se aplica a todos os agentes políticos. Segundo entendimento da Corte Suprema, ela não se aplica aos agentes políticos sujeitos ao “regime de crime de responsabilidade”.

2.4. Dever de prestar contas

O **dever de prestar contas** decorre diretamente do princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo inerente à função do administrador público, mero gestor de bens e interesses alheios, da coletividade, do povo. É um dever indissociável do exercício de função pública, imposto a qualquer agente que atue visando ao interesse público; alcança não só os administradores públicos, mas toda e qualquer pessoa responsável por bens e valores públicos. Nas palavras do Prof. Hely Lopes Meirelles: “A regra é universal: quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve prestar contas ao órgão competente para a fiscalização.”

3. PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Os poderes administrativos representam instrumentos que, utilizados isolada ou conjuntamente, permitem à Administração cumprir suas finalidades,

sendo, por isso, entendidos como poderes instrumentais (nisto diferem dos poderes políticos – Legislativo, Judiciário e Executivo – que são Poderes estruturais, hauridos diretamente da Constituição).

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho conceitua poderes administrativos como “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

Os principais poderes administrativos comumente descritos pela doutrina são os a seguir detalhados.

3.1. Poder vinculado

O denominado **poder vinculado** é, simplesmente, o poder de que dispõe a Administração Pública para a prática de atos administrativos vinculados. Mais precisamente, o poder vinculado é utilizado mesmo nos atos discricionários, quanto aos elementos vinculados destes, a saber, a competência, a finalidade e, segundo a doutrina tradicional, também a forma (com a ressalva de que a forma é apontada por importantes administrativistas atuais como elemento que pode ser vinculado ou discricionário, dependendo do que dispuser a lei específica que confira competência para a prática do ato).

Portanto, na prática de um ato vinculado, o agente administrativo utiliza somente o poder vinculado. Na prática de um ato discricionário, a Administração Pública utiliza o poder discricionário mas, também, o poder vinculado.

Cabe observar que o assim denominado “poder vinculado” não é exatamente um poder, consistindo, sobretudo, em um dever da Administração Pública. Quando pratica um ato vinculado – ou mesmo quando observa os elementos vinculados de um ato discricionário –, o agente administrativo está muito mais cumprindo um dever do que exercendo um poder. Para confirmarmos essa afirmação, basta notarmos que, no caso de um ato vinculado, quando a Administração constata estarem presentes os pressupostos para a sua prática, ela é obrigada a praticá-lo, não dispondo de qualquer poder para se abster de atuar, ou para deixar de observar estritamente o conteúdo do ato, objetivamente descrito na lei de regência.

3.2. Poder discricionário

Poder discricionário é o conferido à Administração para a prática de atos discricionários (e sua revogação), ou seja, é aquele em que o agente administrativo dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato, quanto ao seu motivo, e, sendo o caso, escolher, dentro dos limites legais, o seu conteúdo.

O poder discricionário tem como núcleo a autorização legal para que o agente público decida, nos limites da lei, acerca da conveniência e oportunidade da prática do ato discricionário e, quando for o caso, escolha o seu conteúdo, ou seja, o núcleo essencial do poder discricionário traduz-se no denominado **mérito administrativo**.

Trata-se, efetivamente, de um **poder** conferido pela lei à Administração: diante de um caso concreto, a Administração, nos termos e limites da lei, decidirá, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência administrativas, a conduta, dentre as previstas em lei, mais condizente com a satisfação do interesse público.

O poder discricionário tem como limites, além do próprio conteúdo da lei, os princípios jurídico-administrativos, sobretudo os da razoabilidade e da proporcionalidade. A extrapolação dos limites legais, assim como a atuação contrária aos princípios, configura a denominada **arbitrariedade** (arbitrariedade é sempre sinônimo de atuação ilegal).

O poder discricionário implica liberdade de atuação administrativa, sempre **dentro dos limites estabelecidos na lei, ou dela decorrentes**. Se uma lei prevê, por exemplo, a possibilidade de suspensão punitiva de uma atividade por um mínimo de trinta e um máximo de noventa dias, claro está que uma suspensão por 100 dias será puramente arbitrária, não sendo cabível aqui falar em utilização do poder discricionário e sim em ilegalidade, em abuso de poder. O ato será nulo por vício de objeto, uma vez que a lei não prevê a possibilidade de o ato ter como conteúdo a suspensão pelo prazo de 100 dias.

É oportuno registrar que, no Brasil, a doutrina, majoritariamente, afirma que a discricionariedade existe não só quando a lei expressamente confere à Administração o poder de decidir acerca da oportunidade e conveniência de praticar um determinado ato. Segundo grandes autores pátrios, também existe discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária, quando a lei utiliza os denominados **conceitos jurídicos indeterminados** na descrição do motivo que enseja a prática do ato.

Na aplicação das leis que utilizam esses conceitos indeterminados, tais como “boa-fé”, “decoro”, “bons costumes”, “manifestações de apreço”, “moralidade pública”, a Administração, em face do caso concreto, terá que decidir se ocorre ou não a incidência da norma legal.

Esquemáticamente, os conceitos indeterminados têm uma zona de certeza, um núcleo em que não há margem para dúvida sobre o enquadramento ou não de uma situação em seu conteúdo (“certeza positiva” para o conjunto potencial das situações que sem dúvida se enquadram e “certeza negativa” para todos os casos que sem dúvida não se enquadram). Existe, entretanto, uma área de incerteza, um “halo de indeterminação”, uma “zona de penum-

bra”, “zona gris”, em que não é possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida. Quando um caso concreto escapa à zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado, a Administração tem discricionariedade para decidir acerca de seu enquadramento ou não na lei e, com base nessa decisão, aplicar ou não a lei ao caso concreto.

Nesses casos, caberá à Administração determinar a atuação mais adequada ao interesse público, não sendo possível estabelecer uma conduta legítima única. Não poderá, portanto, o Poder Judiciário substituir a Administração quanto a esse juízo valorativo, ou seja, se a Administração, ao precisar aplicar uma norma que utilize conceitos jurídicos indeterminados, verificar, no caso concreto, que está dentro da zona de incerteza desse conceito, existindo mais de uma atuação juridicamente válida passível de ser adotada, não cabe ao Judiciário decidir qual dessas atuações deveria ter sido escolhida naquele caso.

Portanto, segundo a corrente dominante de nossa doutrina, a discricionariedade existe (a primeira hipótese, abaixo, não comporta divergência entre os autores):

- 1) quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos: são os casos em que a estrutura e o texto da norma explicitam que a Administração pode agir ou deixar de agir (“...a critério da Administração, poderá...”; “...fica facultado ao Poder Público...”), ou estabelecem diversos objetos (conteúdos) a serem escolhidos para a prática do ato (“...advertência, multa ou interdição do estabelecimento...”), ou estabelecem limites dentro dos quais essa escolha é possível (“...suspensão das atividades pelo prazo de 30 a 120 dias...”);
- 2) quando a lei utiliza na descrição do motivo que enseja a prática do ato conceitos jurídicos indeterminados e, no caso concreto, a Administração depara-se com situações em que não existe possibilidade de determinar, com certeza, a ocorrência ou não do enquadramento do fato no conteúdo da norma; nessas situações, a Administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a que mais adequadamente se conforma ao interesse público, não sendo possível ao Judiciário substituí-la nesse juízo valorativo.

Note-se que, na segunda hipótese de discricionariedade, a norma legal pode ter um conteúdo aparentemente impositivo (“...deverá atuar...”). Entretanto, o uso do conceito indeterminado na descrição do motivo pode resultar em atuação discricionária, dependendo do caso concreto. Exemplo dessa situação temos na Lei nº 8.112/1990, em seu art. 132, inciso V. Nos termos dessa regra legal, a demissão do servidor público “será aplicada” nos casos de “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição”. Ora, apesar de o texto legal aparentemente impor uma atuação administrativa

(“será aplicada”), poderá, sim, haver discricionariedade, desde que o caso concreto esteja situado na “zona de indeterminação” dos conceitos jurídicos “incontinência pública e conduta escandalosa”.

Perceba-se que, se uma situação concreta enquadrar-se na zona de certeza positiva do conceito, realmente a demissão deverá ser aplicada, sem qualquer liberdade para a Administração. Diferentemente, entretanto, situando-se um caso concreto no halo de incerteza do conceito, caberá à Administração, **discricionariamente**, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade administrativas, valorar os fatos e enquadrá-los, ou não, na norma. Se enquadrar, demitirá o servidor; se entender que a situação não se enquadra na norma, não aplicará a demissão. Sempre, vale frisar, tendo em conta o interesse público.

Por fim, é sempre bom repisar que mesmo os atos discricionários apresentam-se vinculados à estrita previsão da lei quanto a seus requisitos competência, finalidade e, segundo a doutrina tradicional, também à forma. Ademais, com base na teoria dos motivos determinantes, os atos discricionários motivados (aqueles em que foram declarados por escrito pela Administração os motivos que levaram a sua prática) estão sujeitos a controle de legalidade quanto à existência e à legitimidade dos motivos indicados como fundamento de sua prática.

Devemos sempre ter em mente que o ato discricionário ilegal poderá, como qualquer ato ilegal, ser **anulado** tanto pela Administração quanto pelo Judiciário. O que não pode ser apreciado pelo Judiciário (no exercício de sua função jurisdicional) é o mérito administrativo, que consiste justamente na atividade valorativa de oportunidade e conveniência que levou o administrador a praticar o ato e, se for o caso, escolher seu objeto, dentro dos limites legalmente fixados, ou decorrentes do texto da lei.

No uso do poder discricionário, poderá a Administração Pública **revogar** os atos discricionários que passe a considerar inoportunos ou inconvenientes. Enfatize-se, entretanto, que somente pode revogar um ato a própria Administração que o tenha praticado. Por isso, aliás, o Poder Judiciário, e só ele, **no exercício de função administrativa**, pode **revogar** os atos administrativos discricionários que tenha praticado, o mesmo valendo para o Poder Legislativo, relativamente aos atos administrativos discricionários de sua autoria.

3.2.1. *Limites ao poder discricionário*

A doutrina e a jurisprudência atuais enfatizam a necessidade de existirem instrumentos de controle do poder discricionário da Administração, que permitam o adequado delineamento de seus legítimos limites, evitando o indevido uso da discricionariedade administrativa, como manto protetor de atos que,

embora praticados sob o fundamento da discricionariedade, revistam-se, em verdade, de arbitrariedade. A idéia central é possibilitar um controle judicial mais efetivo dos atos praticados pela Administração Pública.

Assumem relevo, para esse fim, os princípios implícitos da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, apontados como eficazes limitações impostas ao poder discricionário da Administração. Por meio desses princípios, impõem-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se os aspectos de controle do ato administrativo realizado pelo Poder Judiciário.

É sempre importante frisar que, embora razoabilidade e proporcionalidade sejam princípios utilizados para controlar a discricionariedade administrativa, **não** se trata de controle de **mérito** administrativo. Vale dizer, o ato que fira a razoabilidade ou proporcionalidade é um ato ilegítimo (não é meramente inconveniente ou inoportuno), e deve ser anulado (não é cabível cogitar revogação sob o fundamento de que o ato seja desarrazoado ou desproporcional).

Assim, o controle da discricionariedade pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser entendido desta forma: quando a Administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, praticando, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativas, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública).

Muitas vezes não é feita uma distinção precisa entre os dois princípios citados. Pensamos ser mais freqüente os administrativistas associarem o princípio da **razoabilidade** às análises de **adequação** e de **necessidade** do ato ou da atuação da Administração Pública. Assim, não basta que o ato tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução do fim almejado (ou seja, os meios devem ter efetiva possibilidade de levar ao resultado pretendido) e que sua utilização, especialmente quando se trate de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária (isso porque qualquer restrição a direitos dos particulares só é legítima na estrita medida em que necessária à consecução dos fins que o ordenamento impõe à Administração Pública; qualquer restrição acima dessa medida é excessiva, desnecessária, portanto, ilegítima).

O princípio da **proporcionalidade** (citado por alguns autores como “princípio da proibição de excesso”), segundo a concepção a nosso ver majoritária na doutrina administrativista, representa, em verdade, uma das

vertentes do princípio da razoabilidade. Isso porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Se o ato administrativo não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada.

Impede o princípio da proporcionalidade que a Administração restrinja os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas, desnecessárias, induz à ilegalidade do ato, por **abuso de poder**. Esse princípio fundamenta-se na idéia de que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público.

O postulado da proporcionalidade é importante, sobretudo, no controle dos **atos sancionatórios**, especialmente nos atos de **polícia administrativa**. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório devem corresponder, devem guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma sanção severa.

Como bem ensina o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, “o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes”.

Embora carente de melhor sistematização doutrinária, entendemos que, entre os administrativistas que exploram o tema, merece destaque o eminente Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da razoabilidade significa que “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”.

E continua o renomado autor: “... o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência

mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra do Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. (...) Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).”

Por fim, refuta Celso Antônio Bandeira de Mello a idéia de que a aplicação do princípio da razoabilidade invada o chamado mérito administrativo, nos seguintes termos: “Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade **dentro da lei**, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.”

3.3. Poder hierárquico

Hierarquia caracteriza-se pela existência de graus de subordinação entre os diversos órgãos e agentes do Executivo. É o poder hierárquico que permite à Administração estabelecer tais relações, distribuindo as funções de seus órgãos e agentes conforme o escalonamento hierárquico. Como resultado do poder hierárquico, a Administração é dotada da prerrogativa de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades de seus órgãos e agentes no seu âmbito interno.

Do exercício do poder hierárquico decorrem as prerrogativas, do superior para o subordinado, de dar ordens, fiscalizar, rever, delegar e avocar.

Os servidores públicos têm o dever de acatar e cumprir as ordens de seus superiores hierárquicos, salvo quando manifestamente ilegais, hipótese em que para eles surge o dever de representar contra a ilegalidade, conforme, no caso dos servidores civis federais, preceitua a Lei nº 8.112/1990, art. 116, incisos IV e XII.

Pelo poder-dever de fiscalização, compete ao superior estar permanentemente atento aos atos praticados pelos subordinados, a fim de corrigi-los sempre que se desviem da legalidade.

A revisão hierárquica é a prerrogativa conferida ao superior para, de ofício ou mediante provocação do interessado, apreciar todos os aspectos de um ato

de seu subordinado, no intuito de mantê-lo ou reformá-lo. A revisão hierárquica somente é possível enquanto o ato não tenha se tornado definitivo para a Administração, ou seja, enquanto não ocorrida a impropriamente chamada coisa julgada administrativa (irretratabilidade do ato nessa esfera), ou, no caso da revogação, ainda não tenha gerado direito adquirido para o administrado.

A doutrina, tradicionalmente, conceitua delegação de competência como atribuição temporária, e revogável a qualquer tempo, do exercício de algumas atribuições originariamente pertencentes ao cargo do superior hierárquico a um subordinado. Enfatizam os autores que somente podem ser delegados os atos administrativos, não os atos políticos. Também não se admite a delegação de atribuições de um Poder a outro, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição (e. g., no caso da lei delegada).

Não obstante sejam essas as linhas gerais acerca da delegação de competência, traçadas pela doutrina, devemos observar que, na esfera federal, esse instituto está disciplinado na Lei nº 9.784/1999, que cuida do processo administrativo no âmbito da Administração federal.

Com isso, para concursos públicos, devemos atentar para essa lei, e adotar o que nela estiver disposto, sempre que houver conflito com alguma posição doutrinária.

São estes os principais pontos constantes nessa lei sobre a delegação de competência:

A competência é irrenunciável, mas um órgão administrativo e seu titular poderão delegar o seu exercício, atendido o seguinte:

- a) a regra é a possibilidade de delegação, exceto na existência de impedimento legal;
- b) a delegação é sempre parcial, não podendo abranger todas as atribuições do cargo ou órgão;
- c) o ato de delegação deve estabelecer sua duração;
- d) a delegação é possível quando há subordinação hierárquica **e também quando inexistente subordinação hierárquica;**
- e) o ato de delegação e sua revogação (a qual é possível a qualquer tempo) deverão ser publicados no meio oficial;
- f) a delegação pode conter ressalva de exercício da atribuição delegada; nesse caso, além do exercício pelo delegado, o delegante permanece podendo exercer a atribuição delegada;
- g) as decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado, ou seja, a responsabilidade é de quem pratica o ato, não cabendo alegar, como excludente de responsabilidade, o fato de haver a decisão sido adotada na qualidade de delegado.

Além de outras vedações eventualmente existentes em leis específicas, a própria Lei nº 9.784/1999 já estatui serem indelegáveis:

- I – a edição de atos de caráter normativo;
- II – a decisão de recursos administrativos;
- III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Por último, **avocação** consiste no poder que possui o superior de chamar para si a execução de atribuições cometidas originariamente a seus subordinados.

A Lei nº 9.784/1999 muito pouco dispõe sobre a avocação, estabelecendo, tão-somente, que “Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.”

Não se deve confundir **avocação** com **revogação** de delegação. No primeiro caso, o superior chama para si o exercício temporário de competência originalmente atribuída, pela lei, ao subordinado. No segundo – revogação de delegação – uma função foi anteriormente delegada e, simplesmente, ao ser a delegação revogada pelo delegante, retorna a ele o seu exercício. Nesse caso, a atribuição, originariamente, é do delegante, mas foi delegada a outrem. Quando a delegação é revogada pelo delegante, simplesmente o exercício daquela atribuição retorna a ele.

A avocação é medida excepcional, que só pode ser praticada diante de permissivo legal (a Lei nº 9.784/1999 afirma essa regra em seu art. 11). A doutrina é unânime em afirmar que ela deve ser evitada, pois é causa de desorganização do normal funcionamento do serviço além de representar um incontestável desprestígio para o servidor subordinado. A avocação, evidentemente, desonera o subordinado de qualquer responsabilidade relativa ao ato praticado pelo superior hierárquico.

A Lei nº 9.784/1999 não traz qualquer referência a atos que não seriam passíveis de serem avocados, mas os administrativistas, de modo consensual, prelecionam a impossibilidade de avocação de atos que sejam da competência exclusiva do agente público, afirmação, a nosso ver, inteiramente lógica e dificilmente refutável.

Subordinação não deve ser confundida com vinculação.

Subordinação só existe no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, é estabelecida entre órgãos de uma mesma entidade, verticalmente escalonados, como decorrência do poder hierárquico. Não existe subordinação entre duas pessoas jurídicas.

Vinculação traduz a relação administrativa existente entre duas pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, mais precisamente, entre a Administração Direta e as entidades da respectiva Administração Indireta. A existência de vinculação administrativa fundamenta o controle que as entidades estatais (União, estados, Distrito Federal e municípios) exercem sobre as suas Administrações Indiretas, chamado de controle finalístico, de tutela ou de supervisão. A relação entre uma Divisão e um Departamento no âmbito de um Ministério é de subordinação; a relação que liga a União a uma de suas autarquias é de vinculação.

3.4. Poder disciplinar

O poder disciplinar (trata-se, a rigor, de um poder-dever) autoriza a Administração:

- a) a punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e
- b) a punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados por algum vínculo jurídico específico (por exemplo, a punição pela Administração de um particular que com ela tenha celebrado um contrato administrativo e descumpra as obrigações contratuais que assumiu).

Note-se que, quando a Administração aplica uma sanção disciplinar a um agente público, essa atuação decorre imediatamente do poder disciplinar e imediatamente do poder hierárquico. Vale dizer, o poder disciplinar, nesses casos, deriva do hierárquico. Entretanto, quando a Administração Pública aplica uma sanção administrativa a alguém que descumpriu um contrato administrativo, há exercício do poder disciplinar, mas não há relação hierárquica. Nesses casos, o poder disciplinar não está relacionado ao poder hierárquico.

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado (*jus puniendi*), que é exercido pelo Poder Judiciário e diz respeito à repressão de crimes e contravenções tipificados nas leis penais.

Toda e qualquer pessoa está sujeita ao poder punitivo do Estado, ao passo que somente as pessoas que possuem algum vínculo específico com a Administração (por exemplo, vínculo funcional ou vínculo contratual) estão sujeitas ao poder disciplinar. O mesmo se verifica a respeito do poder de polícia, que será estudado adiante. Todas as pessoas que exerçam atividades que possam, de algum modo, acarretar risco ou transtorno à coletividade estão sujeitas ao poder de polícia, ou seja, este decorre de um vínculo geral entre os indivíduos e a Administração Pública, enquanto o poder disciplinar, cabe repetir, funda-se em um vínculo específico entre uma pessoa e a

Administração, como se dá com um servidor público, ou com um particular que esteja executando um contrato administrativo, ou participando de um procedimento licitatório.

A doutrina costuma apontar o poder disciplinar como de exercício caracteristicamente discricionário. Não podemos deixar de reconhecer uma certa discricionariedade no exercício desse poder. É exemplo, na esfera federal, o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/1990:

“Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.”

Por outro lado, a própria Lei nº 8.112/1990 reduz bastante essa discricionariedade, especialmente no seu art. 132, ao afirmar que a penalidade de demissão **será** aplicada nos casos que ali arrola (embora alguns incisos empreguem conceitos jurídicos indeterminados, na maior parte das hipóteses é muito reduzida ou mesmo nula a discricionariedade):

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I – crime contra a administração pública;
- II – abandono de cargo;
- III – inassiduidade habitual;
- IV – improbidade administrativa;
- V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI – insubordinação grave em serviço;
- VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI – corrupção;
- XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.”

Da mesma forma, ao definir as penalidades disciplinares, a Lei nº 8.112/1990 não está estabelecendo um rol exemplificativo, em que pudesse

caber à Administração, conforme critério de oportunidade e conveniência, aplicar outras penalidades que não as ali enumeradas. É este o teor do art. 127:

“Art. 127. São penalidades disciplinares:

I – advertência;

II – suspensão;

III – demissão;

IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V – destituição de cargo em comissão;

VI – destituição de função comissionada.”

Assim, podemos afirmar que existe, sim, um grau bastante limitado de discricionariedade no exercício do poder disciplinar, quando, por exemplo, a autoridade gradua o número de dias na aplicação da penalidade de suspensão a um servidor público, ou quando decide acerca do enquadramento, ou não, de um caso concreto em um conceito jurídico indeterminado empregado pela lei para tipificar uma infração disciplinar.

É importante frisar um ponto ainda.

Embora possa existir alguma discricionariedade na graduação de uma penalidade disciplinar, ou no enquadramento de determinada conduta como infração sujeita a uma ou outra penalidade, certo é que nenhuma discricionariedade existe quanto ao dever de punir quem comprovadamente tenha praticado uma infração disciplinar.

Por outras palavras, quando a Administração constata que um servidor, ou um particular que com ela possua vinculação jurídica específica (como o executor de um contrato administrativo), praticou uma infração administrativa, ela é obrigada a puni-lo; não há discricionariedade quanto a punir ou não alguém que incontrovertidamente tenha praticado uma infração disciplinar. O que pode existir é discricionariedade na graduação da penalidade disciplinar, ou mesmo no enquadramento da conduta como infração sujeita a uma ou outra penalidade dentre as previstas em lei, mas não há discricionariedade quanto ao dever de punir o infrator.

Por último, devemos registrar que o ato de aplicação da penalidade deverá sempre ser motivado. Essa regra é explicitada, por exemplo, no parágrafo único do art. 128 da Lei nº 8.112/1990, abaixo transcrito:

“Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.”

Essa regra não comporta exceção: toda e qualquer aplicação de sanção administrativa (não só as sanções disciplinares) exige motivação, sobretudo porque, invariavelmente, deve ser assegurado à pessoa acusada, e mesmo à já punida, o direito ao contraditório e à ampla defesa (a pessoa pode, por exemplo, recorrer ao Judiciário pleiteando a anulação do ato de aplicação da sanção, e para bem atacar o ato na ação judicial é imprescindível que ele esteja adequadamente motivado).

3.5. Poder regulamentar

Embora a doutrina administrativista não seja uniforme quanto ao uso da expressão “poder regulamentar”, os autores mais tradicionais empregam-na exclusivamente para designar a competência do Chefe do Poder Executivo para a edição de decretos e regulamentos visando à fiel execução das leis. Na esfera federal, essa competência está inscrita no inciso IV do art. 84 da Constituição da República.

Como veremos, entretanto, a partir da EC nº 32/2001, passou a existir em nosso ordenamento constitucional previsão de edição de decretos autônomos para tratar de determinadas matérias, bastante específicas e restritas. Essa competência, no âmbito federal, está plasmada no inciso VI do art. 84 da Carta Política, atribuída ao Presidente da República, porém, passível de delegação.

Ainda, embora não exista previsão constitucional expressa, importantes publicistas da atualidade têm reconhecido a legitimidade dos denominados regulamentos autorizados, conforme será detalhado adiante.

Por fim, pensamos ser majoritário, em qualquer caso, o emprego da expressão “poder regulamentar” somente para referir-se a competências exercidas pelo Chefe do Poder Executivo. Competências normativas exercidas por quaisquer outros órgãos, ou por entidades administrativas, como ocorre com a edição de uma instrução normativa pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou de uma resolução de caráter normativo por uma agência reguladora, devem ser ditas exercidas com base no assim chamado, genericamente, “poder normativo”. Em síntese, atos normativos do Chefe do Poder Executivo têm suporte no **poder regulamentar**, ao passo que atos normativos de qualquer outra autoridade administrativa têm fundamento em um genérico **poder normativo**.

Tratemos de cada uma das espécies de atos aqui referidos.

1) Decretos de execução ou regulamentares (ou, ainda, regulamentos propriamente ditos)

Os decretos de execução costumam ser definidos como regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais, editadas em função de uma lei, concernentes

à atuação da Administração, possibilitando a **fiel execução** da lei a que se referem. A Constituição de 1988 expressamente prevê a edição de regulamentos de execução em seu art. 84, inciso IV. Segundo esse dispositivo, compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. É interessante notar a competência para a expedição dos decretos ou regulamentos de execução **não é passível de delegação** (CF, art. 84, parágrafo único).

A edição de decretos de execução, embora decorra de competência constitucional expressa, tem como pressuposto a existência de uma lei, que é o ato primário a ser regulamentado. O decreto de execução deve restringir-se aos limites e ao conteúdo da lei, explicitando-o, detalhando seus dispositivos. As leis devem ser redigidas em termos gerais; o detalhamento necessário à sua aplicação é efetuado pelo Poder Executivo, o qual não pode restringir, nem ampliar, muito menos contrariar, as hipóteses nela previstas.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o regulamento de execução como um “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

Carlos Mário da Silva Velloso ensina que “só as leis administrativas comportam regulamentação”. A Constituição, ao mencionar “fiel execução” das leis a serem regulamentadas, evidentemente refere-se a leis que devam ser executadas pela Administração. Seria vedada, pois, a regulamentação de leis que não envolvam qualquer participação da Administração no cumprimento de suas normas, como as leis penais, processuais, civis, comerciais etc.

Já as leis administrativas, ou cuja execução caiba à Administração, podem ser regulamentadas mesmo que seu texto não preveja expressamente essa regulamentação. É que a competência para editar regulamentos visando à fiel execução das leis decorre diretamente do texto constitucional (art. 84, IV), e não depende de autorização do legislador ordinário para ser exercida.

Pode acontecer, por outro lado, que a lei expressamente declare que deva ser regulamentada para poder ser aplicada. Estaremos, no caso, diante das denominadas leis não auto-executáveis. Preleciona Hely Lopes Meirelles – embora não exista consenso doutrinário quanto a tal entendimento – que essas leis “não são exeqüíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse é a *condictio juris* da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo.”

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da existência dos regulamentos executivos reside na constatação de que “o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos

para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta”.

São, dessarte, um meio de disciplinar a discricção administrativa: é a Administração vinculando a si própria (os atos individuais têm que obedecer às prescrições gerais regulamentares). Exercem, ainda, função de uniformização de critérios de aplicação da lei e de procedimentos (uniformização processual e material), assegurando a observância do **princípio da igualdade** (a atuação concreta da Administração será a mesma diante de casos equivalentes).

Os decretos de execução, uma vez que necessitam sempre de uma lei prévia a ser regulamentada, são atos normativos ditos secundários (o ato primário é a lei, pois deflui diretamente da Constituição); situam-se hierarquicamente abaixo da lei, a qual não podem contrariar, sob pena de serem declarados ilegais. A própria Constituição, em seu art. 49, inciso V, atribui competência ao Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”. Além disso, o Poder Judiciário, e a própria Administração, exercem o controle de legalidade dos atos administrativos em geral.

2) Decretos autônomos

Consoante o magistério de Carlos Mário da Silva Velloso, alguns sistemas constitucionais conferem ao Poder Executivo a prerrogativa de editar regulamentos como atos primários, diretamente derivados da Constituição. Esses atos seriam classificados como regulamentos independentes ou autônomos e se dividiriam em (a) externos, que contêm normas dirigidas aos cidadãos de modo geral; e (b) internos, que dizem respeito à organização, competência e funcionamento da Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles alude a uma outra espécie de decreto autônomo, que seria o ato editado pelo Poder Executivo, decorrente de uma lei, mas estabelecendo dispositivos para regular situações nela não disciplinadas. Segundo o autor, “na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei”. Seriam providimentos administrativos *praeter legem*.

Até a promulgação da EC nº 32/2001 era francamente predominante na doutrina o entendimento de que a Constituição de 1988 operara a abolição do decreto autônomo em nosso ordenamento. O texto constitucional somente aludia à expedição de decretos e regulamentos no seu art. 84, inciso IV, explicitando que tais atos prestam-se a assegurar a fiel execução da lei. Portanto, o constituinte originário realmente só parece ter albergado a figura do decreto de execução. Todavia, a partir da EC nº 32/2001, passou a existir

autorização expressa na Constituição (art. 84, VI) para que o Presidente da República disponha sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e proceda à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, **diretamente mediante decreto**.

Portanto, hoje, a Constituição expressamente prevê a edição de decretos como atos primários, diretamente hauridos de seu texto, independentemente de lei, consubstanciando a denominada “reserva de Administração” (matérias que somente podem ser reguladas por ato administrativo). Essa espécie de decreto autônomo é aquela a que se refere Velloso como regulamentos independentes **internos**, e passou a fazer parte de nosso sistema constitucional, repita-se, somente a partir da EC nº 32/2001. Não se trata do decreto autônomo descrito por Hely Lopes Meirelles, pois esses seriam editados em função de leis e conteriam matérias nelas não disciplinadas, hipótese que não corresponde à introduzida pela EC nº 32/2001. Os decretos previstos nessa emenda (CF, art. 84, VI) são atos de efeitos internos, dispondo sobre a **organização e o funcionamento da Administração** e a **extinção de cargos vagos**, embora, indiretamente, tenham reflexos para os administrados em geral. É interessante registrar que, nos termos do parágrafo único do art. 84, essa competência para edição de decretos autônomos sobre as matérias previstas no inciso VI do mesmo artigo **pode ser delegada** a outras autoridades administrativas, como os Ministros de Estado.

Desejamos enfatizar dois pontos que entendemos serem sobremodo relevantes.

Primeiro, **não** foi instaurada em nosso ordenamento uma autorização ampla e genérica para a edição de decretos autônomos. A situação é exatamente oposta: criaram-se duas restritas hipóteses de edição de decretos autônomos pelo Presidente da República (delegáveis aos Ministros de Estado), quais sejam, para dispor sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e para extinguir cargos ou funções públicas, quando vagos.

Segundo, essas matérias passam a estar submetidas à competência normativa **privativa** do Poder Executivo, ou seja, encontram-se sob a denominada “reserva de Administração”. Com efeito, a EC nº 32/2001 modificou intencionalmente os incisos X e XI do art. 48 da Constituição, artigo que trata de competências do Congresso Nacional condicionadas à sanção do Presidente da República (portanto, matérias reservadas à lei). Após a EC nº 32/2001, não mais constam desses dispositivos aquelas matérias que foram incluídas na competência normativa privativa do Poder Executivo, descritas no art. 84, inciso VI, da Constituição, o que nos permite concluir que restou afastada a possibilidade de o Poder Legislativo disciplinar essas matérias.

A existência da reserva de Administração já é há muito conhecida em nosso ordenamento, mas, antes da EC nº 32/2001, somente matérias administrativas, e outras prerrogativas constitucionais, como a iniciativa privativa do Presidente da República nas leis enumeradas no art. 61, § 1º, da Constituição, encontravam-se a ela sujeitas, não a edição de atos normativos (embora os atos editados com fulcro no art. 84, inciso VI, da Constituição sejam precipuamente atos de efeitos internos). Consoante afirmou o Supremo Tribunal Federal, ao deferir medida liminar na ADIn nº 2.364/AL, “o desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica”. Estatuíu o Tribunal Maior, na ocasião, que “o princípio constitucional da reserva de Administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo”. “Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais”.

Em síntese, a partir da EC nº 32/2001, as matérias descritas no art. 84, inciso VI, da Constituição passam a ser disciplinadas mediante decretos autônomos. A edição de decretos autônomos **somente** é admitida, em nosso ordenamento, no que respeita àquelas matérias. As matérias submetidas à reserva de Administração não podem ser disciplinadas pelo Poder Legislativo, sob pena de afronta ao princípio da separação entre os Poderes.

3) Regulamento autorizado

A doutrina denomina regulamento autorizado (ou delegado) aquele que complementa disposições da lei em razão de expressa determinação, nela contida, para que o Poder Executivo assim o faça.

O Supremo Tribunal Federal já estabeleceu pacificamente a impossibilidade de utilização da chamada “delegação legislativa em branco”. Para o STF, o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado – como o Poder Executivo – produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar.

O regulamento autorizado não se confunde com a lei delegada. Esta é ato normativo primário, literalmente uma **lei**, e sua válida edição deve respeitar os requisitos formais (autorização por meio de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício) e as restrições materiais previstas no art. 68 da Constituição. Como afirmou nossa Corte Constitucional, o Poder Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos à reserva constitucional de lei.

O regulamento autorizado é ato administrativo, secundário (deriva da lei, ato primário, que o autoriza), infralegal. Enquanto a lei delegada somente pode ser revogada ou alterada por um ato com força de lei, o regulamento autorizado pode ser alterado ou revogado por outro decreto. Apesar de ser um ato secundário, **o regulamento autorizado inova o Direito** nas matérias em que a lei lhe confere essa atribuição.

Como afirmamos, nossa jurisprudência não admite o regulamento autorizado para a disciplina de matérias reservadas à lei. Uma lei que autorize o Executivo a disciplinar tais matérias será inconstitucional por afrontar o princípio da separação entre os Poderes. O regulamento dela decorrente, portanto, terá origem em uma norma eivada de vício insanável, sendo, pelo mesmo motivo, um ato inválido.

O problema surge, entretanto, quando a autorização do legislador diz respeito a matérias não reservadas à lei. Nossa doutrina, e o próprio Poder Judiciário, têm admitido a utilização do regulamento autorizado (evita-se utilizar a expressão “delegado”) quando a lei, estabelecendo as condições, os limites e os contornos da matéria a ser regulamentada, deixa ao Executivo a fixação de **normas técnicas**, como regras relativas a registro de operações no mercado de capitais, estabelecimento de modelos de notas fiscais e outros documentos, elaboração de lista com medicamentos sujeitos à retenção de receita e o modelo do receituário especial etc. Trata-se, na verdade, de uma necessidade real do legislador, que não poderia acompanhar adequadamente todos os setores em que existe atuação do Estado, caracterizados por constantes alterações conjunturais. É uma situação análoga à das denominadas normas penais em branco, nas quais o legislador traça o tipo penal, como, por exemplo, o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas, e deixa à competência de ato administrativo elaborar a lista taxativa das substâncias que se enquadrem no delineamento legal (maconha, cocaína, heroína etc.). Esses regulamentos autorizados costumam ter, por isso, como destinatários, órgãos administrativos de **natureza eminentemente técnica**, como a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Nacional de Trânsito, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária etc.

Cabe anotar que Celso Antônio Bandeira de Mello entende que ocorre “delegação disfarçada” (inconstitucional) pela lei, “quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição”. Como se vê, esse conceito coincide com o de “delegação legislativa em branco”, tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, é vedada a utilização do regulamento autorizado como substituto da atividade do legislador, ou mesmo da lei delegada, **não podendo ele tratar de matérias reservadas à lei**. Entretanto, embora a Constituição em parte alguma se refira a regulamento autorizado, a doutrina e a jurisprudência têm admitido o regulamento autorizado para a fixação de **normas técnicas**, desde que a lei que o autoriza estabeleça as condições e os limites da atuação do Poder Executivo, e determine precisamente os contornos da norma a ser elaborada, de modo que esta funcione apenas como complementação técnica necessária das disposições legais. O exercício dessa competência normativa pelo Poder Executivo tem sido denominado exercício de “**discricionariedade técnica**”.

Por último, conforme mencionamos no início deste tópico, é conveniente notar que a doutrina administrativista tradicional costuma referir-se ao exercício do poder regulamentar como competência exclusiva dos Chefes de Poder Executivo. A nosso ver, é majoritária a utilização da expressão genérica “poder normativo” para aludir aos atos administrativos normativos expedidos por quaisquer outras autoridades que não sejam os Chefes de Poder Executivo.

É o caso, por exemplo, da edição de Portarias pelos Ministros de Estado, secretários estaduais e municipais, da edição de instruções normativas pelas altas autoridades administrativas etc. Todos são, como regra, atos administrativos de efeitos externos, genéricos e abstratos. Materialmente, nada os diferencia dos decretos de execução. De todo modo, pensamos ser mais adequado, ou pelo menos mais tradicional, reservar a expressão “poder regulamentar” somente para a atuação dos Chefes do Executivo e referir-se a todas as outras como exercidas no uso, simplesmente, do poder normativo. Pode-se, alternativamente, utilizar a expressão “poder regulamentar em sentido amplo”, a fim de abranger todas essas competências para a edição de atos normativos das diversas autoridades administrativas.

O controle judicial dos atos regulamentares merece destaque, uma vez que o meio de controle variará de acordo com o conteúdo do ato.

Em se tratando de ato regulamentar em conflito com a lei objeto de regulamentação, será viável apenas o controle de legalidade, resultante do confronto do ato com a lei, ainda que seja o ato regulamentar dotado de caráter normativo. Se o ato regulamentar extrapolou os limites da lei (*ul-*

tra legem) ou se contrariou frontalmente seus comandos (*contra legem*), a questão caracterizará, sempre, típica ilegalidade, e não inconstitucionalidade. Logo, por se tratar de questão de ilegalidade (confronto do ato regulamentar com a lei), não se admitirá sua impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), prevista no art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

Por outro lado, caso o ato ofenda diretamente a Constituição, sem que haja alguma lei regulamentada nessa relação, funcionará como ato autônomo e, nesse caso, sujeitar-se-á a controle pela via direta, isto é, por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), medida essa que só permite controle de atos normativos que ofendam diretamente a Constituição.

Assim, para que um decreto, um regulamento ou outro ato normativo expedido pelo Poder Executivo venha a ser controlado judicialmente pela via direta, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), é indispensável que, além de caracterizar-se como ato **normativo**, dotado de generalidade e abstração, nos termos do art. 102, I, “a”, da Constituição, seja ele dotado de caráter **autônomo**, vale dizer, que ofenda diretamente a Constituição da República.

3.6. O poder de polícia

3.6.1. Conceito

O Código Tributário Nacional, em seu art. 78, ao tratar dos fatos geradores das taxas, assim conceituou poder de polícia:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Embora essa definição legal seja excelente, entendemos que, por demasiado extensa, acaba dificultando a apreensão do conteúdo do conceito.

Numa definição mais concisa, Hely Lopes Meirelles ensina que “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

A Administração exerce o poder de polícia sobre todas as atividades que possam, direta ou indiretamente, afetar os interesses da coletividade. O poder de polícia é exercido por todas as esferas da Federação, sendo, em princípio, da competência da pessoa política que recebeu da Constituição a atribuição de regular aquela matéria, cujo adequado exercício deve ser pela mesma pessoa fiscalizado.

Em verdade, em face do **princípio da predominância do interesse**, que informa a repartição de competências entre os entes federativos na atual Carta, prevalece, entre nós, a lição do Prof. Hely Lopes Meirelles: “os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal”.

Para exemplificarmos, citamos as seguintes situações:

- a) A regulação dos mercados de títulos e valores mobiliários, assunto de interesse nacional, compete à União. A esta cabe, portanto, sua fiscalização, a qual é exercida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM);
- b) A edição de normas pertinentes à prevenção de incêndios compete à esfera estadual. Assim, o exercício do poder de polícia relativo ao cumprimento dessas normas será efetivado, mediante concessão de licenças para construção ou funcionamento ou ainda interdição de obras ou edificações irregulares, pelo poder público dos Estados (e DF), por meio dos respectivos Corpos de Bombeiros;
- c) A competência para o planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano compete aos municípios (e DF). A estes cabe, por conseguinte, o exercício das atividades de polícia relacionadas à concessão de licenças de localização e funcionamento de estabelecimentos industriais e comerciais, concessão de alvarás, habite-se etc.

Devemos, ainda, observar que os atos de polícia administrativa não deixam de ser atos administrativos e, portanto, submetem-se a todas as regras a estes pertinentes, bem como à possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto à legalidade de sua edição e execução.

Por último, devemos distinguir a polícia administrativa da polícia de manutenção da ordem pública e da polícia judiciária. A primeira incide sobre bens, direitos e atividades, enquanto as outras atuam sobre as pessoas; a atuação da primeira esgota-se no âmbito da função administrativa, enquanto a polícia judiciária prepara a atuação da função jurisdicional penal; a polícia administrativa é exercida por órgãos administrativos de caráter fiscalizador, integrantes dos mais diversos setores da Administração Pública como um todo, ao passo que a polícia de manutenção da ordem pública e a polícia

judiciária são executadas especificamente por órgãos de segurança (polícia civil ou militar).

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho esclarece, exemplificando, a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, conforme abaixo transcrevemos:

“Vejamus um exemplo: quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio, ou em locais proibidos para menores, ou sobre as condições de alimentos para consumo, ou ainda em parques florestais, essas atividades retratam o exercício de Polícia Administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crime e, com esse objetivo, desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciados etc., são essas atividades caracterizadas como Polícia Judiciária, eis que, terminada a apuração, os elementos são enviados ao Ministério Público para, se for o caso, providenciar a propositura da ação penal.”

3.6.2. Meios de atuação

A doutrina tem dividido os meios de atuação da polícia administrativa em dois grupos: poder de polícia originário e poder de polícia delegado.

O **poder de polícia originário** é aquele exercido pelas pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), alcançando os atos administrativos provenientes de tais pessoas.

O **poder de polícia delegado** (outorgado) é aquele executado pelas pessoas administrativas do Estado, integrantes da chamada Administração Indireta. Diz-se delegado porque esse poder é recebido pela entidade da Administração Indireta, por delegação legal (outorga), da entidade estatal a qual pertence.

Cabe ressaltar que a doutrina, em sua maioria, **não admite** a delegação do poder de polícia a pessoas da iniciativa privada, ainda que prestadores de serviço de titularidade do Estado, porque o poder de império (*jus imperii*) é próprio e privativo do Poder Público.

Na mesma esteira, no julgamento da ADIN 1.717/DF, rel. Min. Sydney Sanches, em 07.11.2002, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o exercício do poder de polícia não pode ser delegado a entidades privadas.

Quanto a esse ponto, é interessante, ainda, anotar um dispositivo da Lei nº 11.079/2004, que regula as denominadas parcerias público-privadas (PPP).

O art. 4º, inciso III, dessa lei, artigo que estabelece as diretrizes gerais das PPP, inclui entre elas a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do **exercício do poder de polícia** e de outras atividades exclusivas do Estado”. Como deflui da redação adotada, o exercício do poder de polícia é descrito, categoricamente, como **atividade exclusiva de Estado**.

A polícia administrativa pode agir preventiva ou repressivamente.

No primeiro caso, ela atua por meio de normas limitadoras ou sancionadoras da conduta dos que utilizam bens ou exercem atividades que possam afetar a coletividade, outorgando alvarás aos particulares que cumpram as condições e requisitos para o uso da propriedade e exercício das atividades que devam ser policiadas. O alvará pode ser de licença ou autorização.

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual a Administração reconhece que o particular detentor de um direito subjetivo preenche as condições para seu gozo. Assim, as licenças dizem respeito a direitos individuais, como o exercício de uma profissão ou a construção de um edifício em terreno do administrado, e não podem ser negadas quando o requerente satisfaça os requisitos legais para sua obtenção.

A autorização é ato administrativo discricionário em que predomina o interesse do particular. É, por isso, ato precário, não existindo direito subjetivo para o administrado relativamente à obtenção ou manutenção da autorização, a qual pode ser simplesmente negada ou revogada, mesmo que o pretendente satisfaça as exigências administrativas. São exemplos de atividades autorizadas o uso especial de bem público, o trânsito por determinados locais etc.

A outra forma de atividade de polícia, a repressiva, consubstancia-se na fiscalização das atividades e bens sujeitos ao controle da Administração. Verificando a existência de infração, a autoridade fiscalizadora deverá lavrar o auto de infração pertinente e cientificar o particular da sanção a ser aplicada, a qual, regra geral, o será pela própria Administração, como veremos adiante.

3.6.3. *Limites*

A discricionariedade, que informa o poder de polícia da Administração, não é ilimitada.

A atuação da polícia administrativa só será legítima se realizada nos estritos termos jurídicos, respeitados os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis. Há que se conciliar o interesse social com os direitos individuais consagrados na Constituição. Caso a Administração aja além desses mandamentos,

ferindo a intangibilidade dos direitos individuais, sua atuação será arbitrária, configuradora de abuso de poder, corrigível pelo Poder Judiciário.

O **princípio da proporcionalidade**, entendido como a necessidade de adequação entre a restrição imposta pela Administração e o benefício coletivo que se tem em vista com a medida, também consubstancia um limite inarredável do poder de polícia administrativo. A imposição de uma restrição a um direito individual sem vantagem correspondente para a coletividade invalida o fundamento do interesse público do ato de polícia, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, não pode a Administração – sob o pretexto de condicionar o uso de um bem – aniquilar a propriedade individual, em razão da desproporcionalidade da medida.

Conforme bem leciona o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, “se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se, sem dúvida, ilegalidade que merece correção”.

Finalmente, não se deve esquecer que as sanções impostas pela polícia administrativa devem ser aplicadas com observância do devido processo legal (*due process of law*), para que se permita ao particular o direito à ampla defesa, princípio constitucionalmente estabelecido (CF, art. 5º, LIV e LV).

3.6.4. *Sanções e condições de validade*

Dentre as sanções cabíveis, Hely Lopes Meirelles menciona, além da multa: (a) interdição de atividade; (b) fechamento de estabelecimento; (c) demolição de construção irregular; (d) embargo administrativo de obra; (e) inutilização de gêneros; (f) apreensão e destruição de objetos etc.

3.6.5. *Atributos do poder de polícia*

A doutrina tradicionalmente aponta três atributos ou qualidades características do poder de polícia e dos atos administrativos resultantes de seu regular exercício: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade.

3.6.5.1. *Discricionariedade*

A discricionariedade no exercício do poder de polícia significa que a Administração, quanto aos atos a ele relacionados, regra geral, dispõe de

uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência de sua prática, estabelecer o motivo e escolher, dentro dos limites legais, seu conteúdo. A finalidade de todo ato de polícia, como a finalidade de qualquer ato administrativo, é requisito sempre vinculado e traduz-se na proteção do interesse da coletividade.

A Administração pode, em princípio, determinar, dentro dos critérios de oportunidade e conveniência, quais atividades irá fiscalizar num determinado momento e, dentro dos limites estabelecidos na lei, quais sanções deverão ser aplicadas e como deverá ser feita a graduação dessas sanções. De qualquer forma, a sanção sempre deverá estar prevista em lei e deverá guardar correspondência e proporcionalidade com a infração verificada.

Embora a discricionariedade seja a regra no exercício do poder de polícia, nada impede que a lei, relativamente a determinados atos ou fatos, estabeleça total vinculação da atuação administrativa a seus preceitos. É o caso, como vimos, da concessão de licença para construção em terreno próprio ou para o exercício de uma profissão, em que não existe liberdade de valoração à Administração quando o particular atenda aos requisitos legais.

3.6.5.2. Auto-executoriedade

Na definição de Hely Lopes Meirelles, “a auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.

É atributo típico do poder de polícia, presente, sobretudo, nos atos repressivos de polícia. A Administração precisa ter a prerrogativa de impor diretamente, sem necessidade de prévia autorização judicial, as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à repressão de atividades lesivas à coletividade, ou que coloquem em risco a incolumidade pública.

A obtenção de prévia autorização judicial para a prática de determinados atos de polícia é uma faculdade da Administração. Ela costuma recorrer previamente ao Judiciário quando tenciona praticar atos em que seja previsível forte resistência dos particulares envolvidos, como na demolição de edificações irregulares, embora seja, como dito, facultativa a obtenção de tal autorização.

Nem todo ato de polícia, contudo, goza de auto-executoriedade. Exemplo consagrado de ato não auto-executório é a **cobrança de multas, quando resistida pelo particular**. Nesse caso, embora a imposição da multa seja ato

imperativo e decorra do exercício do poder de polícia, sua execução somente pode ser efetivada pela via judicial.¹

Não se deve confundir, em nenhuma hipótese, a dispensa de manifestação prévia do Poder Judiciário nos atos próprios da Administração, com restrição ao acesso do particular ao Judiciário em caso de ameaça ou lesão a direito seu.

A auto-executoriedade dos atos administrativos apenas permite sua execução diretamente pela Administração, mas, sempre que o administrado entenda ter havido arbítrio, desvio ou excesso de poder, pode exercer seu direito inafastável de provocar a tutela jurisdicional, em que poderá ser decretada a nulidade dos atos praticados.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello e a Professora Maria Sylvia Di Pietro prelecionam que a auto-executoriedade existe em duas situações: quando a lei expressamente a prevê e, mesmo quando não expressamente prevista, em situações de urgência. A primeira das hipóteses, entretanto, não significa que a lei literalmente afirme: “este ato é auto-executório”. Significa, tão-somente, que o ato é expressamente previsto em lei como passível de ser adotado diretamente pela Administração em uma situação determinada. No outro caso, o de urgência, a Administração pode adotar um ato não previsto em lei, ou em situação não prevista em lei, a fim de assegurar a segurança da coletividade. Transcreve-se, para melhor entendimento, a lição de Maria Sylvia a respeito:

“No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

¹ Cumpre lembrar que na hipótese de multas administrativas aplicadas ao particular em razão de adimplemento irregular de contrato administrativo em que tenha havido prestação de garantia, a Administração pode executar diretamente a penalidade, sem necessidade de consentimento do contratado, subtraindo da garantia o valor da multa (Lei nº 8.666/1993, art. 80, inciso III). Independentemente da prestação de garantia, a Administração pode, também, descontar o valor dessas multas das quantias que ela eventualmente deva ao contratado pela execução do contrato (Lei nº 8.666/1993, art. 86, § 3º, e art. 87, § 1º). Trata-se de situações em que a cobrança de penalidades administrativas é auto-executória, mas impende ressaltar que essas multas não se fundam no poder de polícia, e sim no poder disciplinar.

2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.”

Por fim, é oportuno mencionar que a Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro registra o fato de alguns autores desmembrarem a auto-executoriedade em exigibilidade e executoriedade. Para esses administrativistas, a **exigibilidade** traduz a prerrogativa de a Administração impor obrigações ao administrado, sem necessidade de prévia autorização judicial, enquanto a **executoriedade** significa a possibilidade de a Administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado. A **exigibilidade** está ligada ao uso de meios coercitivos **indiretos**, tais como a aplicação de uma multa, ou a exigência do pagamento de multas de trânsito como condição para o licenciamento de veículo automóvel. Na **executoriedade**, os meios coercitivos são diretos, autorizando o uso da força pública, se necessário; é o que ocorre na apreensão de mercadorias, na remoção forçada de veículo estacionado em local proibido, na interdição de um restaurante que não atenda às normas da vigilância sanitária etc. Consoante sintetiza a Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro, “a exigibilidade está presente em todas as medidas de polícia, mas não a executoriedade”.²

3.6.5.3. Coercibilidade

O último atributo do poder de polícia, a coercibilidade, traduz-se na possibilidade de as medidas adotadas pela Administração serem impostas coativamente ao administrado, inclusive mediante o emprego da força. Caso o particular resista ao ato de polícia, a Administração poderá valer-se da força pública para garantir seu cumprimento.

A imposição coercitiva dos atos de polícia também independe de prévia autorização judicial estando, entretanto, sujeita a verificação posterior quanto à legalidade, que enseja a declaração de nulidade do ato e reparação ou

² Em nossa opinião, esses conceitos de exigibilidade e executoriedade correspondem exatamente às tradicionais definições de imperatividade e auto-executoriedade. Como se trata de conceitos doutrinários, é evidente que cada autor é livre para apresentar os que mais lhe pareçam consistentes. De nossa parte, preferimos utilizar as há muito consagradas definições de imperatividade e auto-executoriedade.

indenização do particular pelos danos sofridos, sempre que se comprove ter ocorrido excesso ou desvio de poder.

Julgamos oportuno registrar que, embora a doutrina comumente aponte a auto-executoriedade e a coercibilidade como diferentes atributos do poder de polícia, **não existe uma distinção precisa entre um e outro**, sendo eles, no mais das vezes, tratados como sinônimos. É explícita a esse respeito a Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro, nesta passagem, que merece transcrição:

“A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a auto-executoriedade, tal como a conceituamos não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes Meirelles como ‘a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração’.”

É importante atentar para o fato de que nem todos os atos de polícia ostentam os atributos da auto-executoriedade e da coercibilidade. Os atos preventivos de polícia administrativa (por exemplo, exigência de obtenção de licenças ou autorizações para a prática de determinadas atividades privadas), bem como alguns atos repressivos, a exemplo da cobrança de multa não paga espontaneamente pelo particular, não gozam de auto-executoriedade ou coercibilidade.

3.6.6. Prescrição

A Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, especificamente aplicável à esfera federal, estabelece em **cinco anos** o prazo prescricional das ações punitivas decorrentes do exercício do poder de polícia. É o que consta do *caput* do seu art. 1º, abaixo transcrito:

“Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

É importante observar, entretanto, que, na hipótese de o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, serão aplicáveis os prazos de prescrição previstos na lei penal (art. 1º, § 2º).

A mesma lei prevê, ainda, uma importante hipótese de **prescrição intercorrente** (prescrição que ocorre no curso do processo, isto é, mesmo depois

de o processo já ter sido instaurado ou iniciado). Trata-se da regra vazada no § 1º de seu art. 1º, nos termos da qual “incide a prescrição no procedimento administrativo **paralisado por mais de três anos**, pendente de julgamento ou despacho”. O processo será arquivado, e será apurada a responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

A lei estabelece hipóteses de interrupção e de suspensão da prescrição. Conforme seu art. 2º, **interrompe-se** a prescrição:

- I – pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- III – pela decisão condenatória recorrível.

Já a **suspensão** da prescrição está prevista para hipóteses bastante específicas. Ela ocorrerá (art. 3º):

- I – durante a vigência dos compromissos de cessação ou de desempenho, assumidos perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), previstos na Lei nº 8.884/1994 (que, entre outras coisas, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”);
- II – durante a vigência do termo de compromisso firmado com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), previsto na Lei nº 6.385/1976 (que “dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”).

Por fim, ressalve-se que as disposições da Lei nº 9.873/1999 não se aplicam às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária (art. 5º).

4. ABUSO DE PODER

Conforme comentamos antes, os poderes são prerrogativas conferidas ao administrador público para a consecução dos fins públicos. Enfim, o agente público é investido de certos poderes para o desempenho de suas atribuições, visando sempre à satisfação dos interesses coletivos. Não se trata de regalias ou privilégios do administrador público, mas sim de atributos daquele que exerce função pública, para que possa bem desempenhá-la, em prol da coletividade. O uso desses poderes – **segundo os termos e limites da lei**, a

moral da atividade administrativa, a finalidade e as exigências públicas – constitui atuação normal e legítima do administrador público.

Acontece, porém, que nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores públicos. O seu emprego pode ser desproporcional, sem amparo da lei, sem utilidade pública. Evidentemente, a atuação nessas condições será ilícita, nula, devendo ser assim declarada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Essa atuação ilegítima e vergonhosa do administrador público caracteriza uma das figuras mais odiosas no âmbito do direito administrativo: o chamado **abuso de poder**.

O Prof. Hely Lopes Meirelles ensina: “O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”

Aspecto a ser ressaltado é que o abuso de poder pode assumir tanto a forma comissiva quanto a omissiva. Vale dizer, o abuso tanto pode resultar de uma ação positiva do administrador, quanto de uma omissão ilegal. É o que leciona o Prof. Hely Lopes Meirelles, citando Caio Tácito: “O abuso do poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado. A inércia da autoridade administrativa – observou Caio Tácito –, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo.”

O abuso de poder pode decorrer de duas causas:

- a) ação do agente fora dos limites de sua competência (excesso de poder);
- b) ação do agente, embora dentro de sua competência, afastada do interesse público (desvio de poder).

A primeira causa dá origem ao vício conhecido como **excesso de poder**; a segunda, ao chamado **desvio de poder** (ou desvio de finalidade). Como se vê, o abuso de poder é gênero, que apresenta duas espécies: o **excesso de poder** e o **desvio de poder**.

O abuso de poder, em qualquer de suas modalidades, conduz à invalidade do ato, que poderá ser reconhecida pela própria Administração (autotutela) ou pelo Poder Judiciário (controle judicial).

4.1. Excesso de poder

Ocorre **excesso de poder** quando o agente age fora dos limites de sua competência administrativa, invadindo competência de outros agentes ou

praticando atividades que a lei não lhe conferiu. A autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do que lhe permitiu a lei, exorbitando no uso de sua competência.

Nesse caso, há violação ao requisito **competência**, tornando o ato administrativo arbitrário, ilícito e nulo.

Como se vê, o excesso de poder surge quando o agente administrativo, embora competente para praticar o ato, ultrapassa suas atribuições legais, seja agindo claramente além do que a lei permite, seja procurando burlar os limites legais para exorbitar de suas atribuições.

Em qualquer caso, a modalidade de abuso de poder conhecida como excesso de poder decorre de vício no requisito **competência**, quando esta é exercida além daquilo que a lei permite, ensejando a declaração de nulidade do ato.

O excesso de poder não deve ser confundido com a outra modalidade de abuso de poder, denominada de **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**, comentada no subitem seguinte, em que o administrador viola o elemento **finalidade**, por visar a outro fim que não o interesse público.

4.2. Desvio de poder

Ocorre desvio de poder (ou desvio de finalidade) quando o administrador pratica o ato buscando alcançar fim diverso daquele que lhe foi determinado pela lei. Nesse caso, embora atue nos limites de sua competência, o agente pratica o ato por motivos ou com fins diversos daqueles estabelecidos na lei ou exigidos pelo interesse público.

Sempre que o administrador público pratica um ato, o fim visado deverá ser o mesmo: o interesse público, expressa ou implicitamente previsto na lei. Se age em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica conduta ilegítima, denominada **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**.

Diversamente do excesso de poder, que decorre de violação ao requisito **competência**, o desvio de poder deriva de ofensa ao requisito **finalidade**.

A finalidade é requisito sempre vinculado e é idêntico para todo e qualquer ato administrativo, vale dizer, o fim almejado por qualquer ato administrativo é o interesse público. O objetivo mediato de toda atuação da Administração é a tutela do interesse público. Esta finalidade, elemento vinculado de qualquer ato administrativo, pode estar expressa ou, o que é mais comum, implícita na lei.

O que importa é que não existe qualquer liberdade para o administrador, e a busca de fim diverso do estabelecido (expressa ou implicitamente) na lei implica nulidade do ato por desvio de finalidade.

Assim, o desrespeito a esse elemento conduz ao vício abuso de poder, na modalidade desvio de finalidade. Ademais, implica, também, violação direta à própria Carta Política, que estatui os princípios da impessoalidade e da moralidade como norteadores de toda a Administração Pública (CF, art. 37).

A forma clássica de ofensa ao elemento finalidade é a prática de atos não dirigidos à satisfação do interesse público, como, por exemplo, a desapropriação pelo Estado de propriedade de desafeto do Chefe do Executivo, com o fim de prejudicá-lo; a concessão de vantagens apenas a servidores apaniguados etc.

Há, porém, outro sentido em que pode ser violado o requisito finalidade, que é o desatendimento da finalidade específica, prevista em lei, na prática de determinado ato. Em outras palavras, é a prática de um ato visando a finalidade diversa daquela prevista em lei. Exemplo típico é a remoção *ex officio* de servidor, como forma de punição. Ora, a lei prevê a remoção *ex officio* como modalidade de deslocamento do servidor para atender a necessidade de serviço, e não para ser utilizada como punição (os atos punitivos são a advertência, a suspensão, a demissão, a destituição do cargo em comissão, a cassação da aposentadoria e a cassação da disponibilidade). Logo, não pode o instituto ser utilizado para fim diverso (a título de punição, p. ex.). Incurreria nesse vício, por exemplo, o administrador público que, visando a punir o servidor, baixasse uma portaria, removendo-o, de ofício, da cidade onde estivesse lotado para uma localidade inóspita.

Capítulo 7

SERVIDORES PÚBLICOS

1. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS RELATIVAS AOS AGENTES PÚBLICOS

A Constituição de 5 de outubro de 1988 tratou com grande detalhamento do direito administrativo, certamente no intuito de corrigir ou atenuar as inúmeras distorções observáveis em todas as Administrações do Brasil, decorrentes de alguns séculos de arbítrios, desmandos, clientelismos e tantos outros deploráveis hábitos, infelizmente até hoje existentes, característicos de governos e governantes que quase sempre trataram a coisa pública como se estivessem tratando dos seus próprios interesses e dos interesses de seus comparsas.

Voltando à Carta de 1988, observamos que especial cuidado foi adotado no que respeita a alguns assuntos, devido a sua particular importância para a sociedade como um todo. São exemplos, relacionados ao presente capítulo, as diversas regras relativas aos agentes públicos, como as concernentes ao acesso a cargos, empregos e funções públicos, à remuneração, à acumulação, ao regime previdenciário e muitas outras.

O art. 37 é o principal artigo pertinente às normas constitucionais aplicáveis à Administração Pública em geral, em todas as esferas de governo. No art. 38 encontram-se regras aplicáveis ao servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo. O art. 39 cuida de regras especificamente aplicáveis aos servidores públicos e o art. 40 disciplina o regime previdenciário destes servidores.

As linhas mestras da orientação adotada pelo constituinte originário vêm sendo, entretanto, há alguns anos, profundamente alteradas por governos cujas políticas se dizem voltadas para aquilo que se convencionou denominar administração gerencial. Os apóstolos dessa linha de administração apregoam, resumidamente, a necessidade de se ter um Estado bastante reduzido em sua estrutura e em suas atribuições, o qual, podendo dedicar-se apenas a funções entendidas como típicas, teoricamente lograria atuar com maior eficiência, deixando ao setor privado as atividades econômicas empresariais e mesmo grande parte dos serviços de natureza social não-lucrativos. Todo esse processo, ainda não concluído, teve como marcos particularmente relevantes a Emenda Constitucional nº 19, de 15 de dezembro de 1998, conhecida como “reforma administrativa”, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, conhecida como “reforma da previdência” e a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, também chamada “reforma da previdência” (mencionaremos as reformas da previdência como primeira reforma e segunda reforma, ou reforma de 1998 e reforma de 2003). A denominada reforma administrativa não se resumiu à promulgação da EC nº 19/1998; vem sendo implementada por meio da edição de inúmeros atos normativos legais e infralegais resultando em uma gradual e contínua transformação da Administração na direção pretendida: redução da estrutura do Estado, redução de despesas com a máquina administrativa etc.

Neste capítulo estudaremos detalhadamente as disposições constitucionais relacionadas aos agentes públicos, em especial aos servidores públicos em sentido estrito (estatutários), constantes dos arts. 37, 38, 39, 40 e 41 da Constituição, e analisaremos, também, as disposições legais concernentes aos servidores públicos estatutários federais, consubstanciadas, basicamente, na Lei nº 8.112/1990, com suas inúmeras alterações posteriores.

1.1. Acesso a funções, cargos e empregos públicos

Os cinco primeiros incisos do art. 37 dispõem acerca do acesso aos cargos, empregos e funções das Administrações Direta e Indireta. O primeiro destes incisos informa quem pode ocupar funções, cargos e empregos na Administração e o instrumento normativo apto a disciplinar os requisitos para o acesso.

1.1.1. Acessibilidade a brasileiros e estrangeiros

O inciso I do art. 37 da CF/88 teve sua redação alterada pela EC nº 19/1998, que acrescentou a possibilidade de **estrangeiros**, na forma da lei, ocuparem cargos, empregos e funções públicas na Administração. É o

seguinte o teor atual deste inciso (em **negrito** está a parte acrescida pela EC nº 19/1998):

“I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

Antes desse acréscimo trazido pela EC nº 19/1998, já havia a EC nº 11/1996 alterado o art. 207 da CF/88, prevendo a possibilidade de as universidades e as instituições de pesquisa científica e tecnológica admitirem professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

Ainda antes disso, a Lei nº 8.745/1993, em seu art. 2º, inciso V, previa a contratação temporária de professores e pesquisadores visitantes estrangeiros pelos órgãos da Administração Direta federal, pelas autarquias e pelas fundações públicas federais, em casos de excepcional interesse público.

Sem embargo dessas hipóteses, com fulcro na atual redação do inciso I do art. 37 do texto constitucional têm possibilidade teórica de acesso aos cargos, empregos e funções na Administração Pública Direta e Indireta os brasileiros natos e naturalizados, e também os estrangeiros.

Todavia, no caso dos brasileiros, natos ou naturalizados, basta o atendimento aos requisitos da lei para terem possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Sendo cargo efetivo ou emprego permanente, será ainda necessária a prévia aprovação em concurso público. Caso se trate de cargo em comissão ou função de confiança, haverá livre nomeação, pela autoridade competente, de quem atenda aos requisitos legais. Na contratação temporária, além de preencher os requisitos estabelecidos na lei, deverá o interessado ser selecionado conforme a previsão legal aplicável à hipótese de que se trate.

A situação dos estrangeiros é diferente. O acesso deles aos cargos, empregos e funções públicas deve ocorrer “na forma da lei”. Conforme lição do prof. Alexandre de Moraes, trata-se de “norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária forma”.

Vale lembrar, por fim, que existem cargos privativos de brasileiro nato, enumerados no art. 12, § 3º, da Carta Política (Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das forças armadas; Ministro de Estado da Defesa). Evidentemente, em nenhuma hipótese podem ser eles ocupados por brasileiro naturalizado, muito menos por estrangeiro.

1.1.2. *Princípio da organização legal do serviço público*

Somente por meio de **lei** podem ser criados cargos, empregos e funções públicas.

A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a disciplina da criação, extinção, transformação de cargos públicos, bem assim da estruturação e do estabelecimento de atribuições no serviço público e, ainda, da criação e extinção de órgãos e ministérios. A partir dessa Emenda, passaram a ser as seguintes as regras atinentes à matéria.

A criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas são da competência do Congresso Nacional, dependente de sanção do Presidente da República, ou seja, o exercício dessa competência é realizado por meio de **lei** (CF, art. 48, X). A iniciativa dessa lei é privativa do Presidente da República, quando se tratar de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica (CF, art. 61, § 1º).

Ademais, passou a fazer parte do texto do art. 48, X, menção ao disposto no art. 84, VI, “b” (também alterado pela EC nº 32/2001), que atribui competência privativa ao Presidente da República para, mediante decreto, extinguir funções ou cargos públicos **vagos**. Portanto, a partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, temos a seguinte situação: a extinção de cargo público **preenchido** somente poderá ser efetivada mediante **lei**; caso o cargo esteja **vago**, a competência para sua extinção é privativa do Presidente da República, mediante **decreto autônomo**.

É, também, competência do Congresso, exercida por meio de **lei**, igualmente de iniciativa do Presidente da República, a criação e extinção de ministérios e órgãos da Administração Pública (CF, art. 48, XI). Foi retirada, pela Emenda, a competência para dispor sobre **estruturação e atribuições** dos ministérios e órgãos da Administração Pública, que constava do texto original desse inciso.

São de iniciativa privativa do Presidente da República, entre outras, as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; criação e extinção de ministérios e órgãos da Administração Pública (CF, art. 61, § 1º).

Por outro lado, após a Emenda nº 32/2001, passou a ser competência privativa do Presidente da República dispor, mediante decreto – e a hipótese é de decreto autônomo, independente de lei, diretamente derivado da Constituição –, sobre organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos

públicos (CF, art. 84, VI, “a”) e, como dissemos acima, sobre extinção de funções ou cargos públicos, **quando vagos** (art. 84, VI, “b”).

Portanto, podemos assim sistematizar:

- a) A criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas é competência do Congresso Nacional, exercida por meio de lei, que será de iniciativa privativa do Presidente da República quando se tratar de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e autárquica.
- b) A **extinção** de funções ou cargos públicos **vagos** é competência privativa do Presidente da República, exercida por meio de decreto.
- c) A **criação** e **extinção** de ministérios e órgãos da Administração Pública é competência do Congresso Nacional, exercida por meio de lei de iniciativa privativa do Presidente da República.
- d) A organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos é competência privativa do Presidente da República, exercida por meio de decreto.

A interpretação sistemática do disposto no art. 84, XXV, da Constituição, dispositivo não alterado pela EC nº 32/2001, é, em nossa opinião, mais difícil. Segundo esse inciso do art. 84, compete privativamente ao Presidente da República “prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei”. De outro lado, como vimos, o inciso VI, “b”, do mesmo art. 84 passou, após a EC nº 32/2001, a atribuir competência privativa ao Presidente da República para, mediante decreto, dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, **quando vagos**. Ainda, a EC nº 32/2001 alterou o art. 48, X, para determinar a competência do Congresso Nacional para, dependendo de sanção do Presidente da República, dispor sobre “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, **observado o que estabelece o art. 84, VI, b**”.

Nossa opinião é que, após a EC nº 32/2001, a extinção de funções ou cargos públicos, **quando vagos**, passou a ser efetuada diretamente pelo Presidente da República, mediante decreto autônomo, independentemente, portanto, de autorização legislativa. Já a extinção de cargos públicos não vagos, embora seja da competência do Presidente da República (art. 84, XXV), depende de lei que o autorize a fazê-lo.

Essas inovações introduzidas em nosso ordenamento pela EC nº 32/2001 são extremamente significativas. Como já comentamos, passou a existir, no Brasil, a figura do **decreto autônomo**, nas hipóteses previstas no art. 84, VI (vale lembrar que as atribuições previstas neste inciso **podem** ser delegadas pelo Presidente da República a outras autoridades administrativas). Além disso, a EC nº 32/2001 desconsidera um dos mais tradicionais postulados da

ciência jurídica: o princípio segundo o qual os institutos devem ser criados e extintos por atos de igual natureza. Com efeito, os cargos públicos passam a ser criados, obrigatoriamente, por lei e são extintos, **quando vagos**, mediante decreto. É verdade que o decreto, nesse caso, é ato primário, uma vez que não é expedido em função de uma lei, mas deflui diretamente do texto constitucional. De qualquer forma, não deixa de ser ato administrativo, de natureza diversa, portanto, do ato que criou o cargo (a lei formal).

Segundo Hely Lopes Meirelles, da regra do inciso I do art. 37 da CF/88, transcrito no item precedente, deriva o denominado **princípio da organização legal do serviço público**.

Ensina o autor que a exigência de lei para o estabelecimento de requisitos relativos ao acesso a cargos e empregos públicos, constante desse inciso, é corolário da exigência de edição de lei para a criação de cargos públicos.

Devemos notar, entretanto, que esse **princípio da organização legal do serviço público** restou sensivelmente atenuado após a edição da EC nº 32/2001, uma vez que a competência para dispor sobre a organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, passou a ser privativa do Presidente da República, que deverá exercê-la mediante a edição de decreto autônomo.

Ainda, o inciso XI do art. 48, que, antes da EC nº 32/2001, atribuía competência ao Congresso para, mediante lei, dispor sobre “**criação, estruturação e atribuições** dos Ministérios e órgãos da administração pública”, foi alterado, passando somente a constar de sua redação a competência para dispor sobre “**criação e extinção** de Ministérios e órgãos da administração pública”.

Assim, matérias que antes eram reservadas à lei – organização e funcionamento da Administração federal – passaram a ser disciplinadas mediante decreto autônomo, independentemente de lei, constituindo hipóteses de “reserva de administração”, salvo se implicarem aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos.

1.1.3. Requisitos para o acesso a cargos ou empregos públicos

Outra importante consequência direta do inciso I do art. 37 é a vedação ao estabelecimento de exigências ou condições pelos editais de concursos públicos que não possuam amparo **legal**. Embora os editais de concursos públicos para provimento de cargos ou empregos públicos sejam elaborados pelas Administrações encarregadas da contratação, estas não podem prever condições para a participação no certame, e menos ainda para o ulterior ingresso dos aprovados, com base exclusiva em atos normativos infralegais, como regulamentos, instruções normativas, portarias etc.

Em todos os casos, o veto à participação no certame do candidato que não satisfaça as exigências legais deve sempre ser motivado. Essa regra está vazada na Súmula 684 do Supremo Tribunal Federal, com a redação abaixo reproduzida:

“**684** – É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.”

O STF já teve oportunidade de afastar limite mínimo de idade para a inscrição em concurso público de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, previsto no edital do concurso, por considerar que, para o estabelecimento desse limite, **é necessária a expressa previsão legal**, nos seguintes termos:

“O edital de concurso não é instrumento idôneo para o estabelecimento de limite mínimo de idade para a inscrição em concurso público; para que seja legítima tal exigência é imprescindível a previsão em lei” (RE 182.432-RS, rel. Min. Néri da Silveira, 5.3.2002).

Sobre esse tema, ademais, há que se registrar o teor da Súmula 683 do STF, a saber:

“**683** – O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

Além disso, o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º da CF/88, impede que, mesmo a lei, estabeleça quaisquer outras restrições discriminatórias, como, por exemplo, restrições relativas à origem, religião, raça etc. Os requisitos a que se refere este inciso I do art. 37 devem, obrigatoriamente, mostrar-se necessários ao adequado desempenho da função pública correspondente.

A jurisprudência tem admitido como válidas, com base no princípio da razoabilidade, exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da igualdade, como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão de idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental etc.

O Professor Hely apresenta o seguinte exemplo, perfeitamente ilustrativo da conciliação que se deve fazer entre o princípio da isonomia e o princípio da razoabilidade no estabelecimento de exigências para o desempenho de funções públicas: “se determinado cargo de datilógrafo pode ser exercido

indiferentemente por pessoas do sexo feminino ou masculino, a discriminação fundada nesse atributo pessoal do candidato será indevida; entretanto, se o que a Administração deseja é uma pessoa do sexo feminino para ocupar o cargo de datilógrafo numa penitenciária de mulheres, o estabelecimento desse requisito não constituirá discriminação ilegal”.

Por último, é oportuno registrar, por ser pertinente à matéria tratada neste tópico, que a EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004 (que veiculou parte da denominada “Reforma do Judiciário”), estabeleceu duas hipóteses novas de requisitos constitucionais especificamente para o acesso aos cargos de juiz e de membro do Ministério Público, tanto estaduais como federais. Com efeito, a referida emenda passou a exigir do bacharel em Direito, em ambos os casos, no mínimo, **três anos de atividade jurídica**, além da aprovação em concurso público de **provas e títulos** (CF, art. 93, inciso I, e art. 129, § 3º).

1.1.4. *Exigência de concurso público*

A Constituição de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta.

Como ensina o Professor Hely Lopes Meirelles, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.

É o seguinte o teor do art. 37, inciso II, da Constituição:

“II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

Diversas observações decorrem da leitura deste inciso.

A exigência de concurso público aplica-se à nomeação para cargos ou empregos de provimento efetivo. Não abrange a nomeação para cargos em

comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração com base exclusiva em critérios subjetivos de confiança da autoridade competente. Não se aplica, tampouco, à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, hipótese prevista no inciso IX do mesmo art. 37 da Carta da República.

Cabe mencionar que a EC nº 51/2006 acrescentou três parágrafos ao art. 198 da Constituição (artigo que trata do Sistema Único de Saúde), com vistas a disciplinar a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, e estabeleceu que esses profissionais devem ser admitidos por meio de “processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação” (art. 198, § 4º). O regime jurídico desse pessoal e a regulamentação de suas atividades devem ser feitos por lei ordinária federal (art. 198, § 5º).

Como se vê, essa contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias mediante “processo seletivo público” configura mais uma possibilidade de exceção à exigência de concurso público para o acesso a cargos e empregos públicos. Com efeito, embora a EC nº 51/2006 não tenha explicitado o que seria esse “processo seletivo público”, certamente ele não é o mesmo que concurso público de provas ou de provas e títulos. Tudo indica que o constituinte derivado pretendeu que o “processo seletivo público” seja algo mais singelo, menos complexo, do que o concurso público previsto no inciso II do art. 37 da Constituição, que neste tópico está sendo analisado.

A contratação desses agentes está, hoje, disciplinada na Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006 (resultante da conversão, sem alterações, da Medida Provisória nº 297, de 9 de junho de 2006). Esse diploma normativo, em seu art. 8º, estabelece que eles se submetem “ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”.

Quanto ao “processo seletivo público”, a que se refere o acima aludido § 4º do art. 198 da Constituição, a Lei nº 11.350/2006 apenas explicita que “a contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Como se pode constatar, pelo menos em sua definição legal, esses “processos seletivos públicos” não diferem substancialmente dos concursos públicos.

No caso dos agentes **já contratados antes da EC nº 51/2006**, os quais, nos termos do parágrafo único do art. 2º dessa emenda constitucional, ficaram

dispensados do citado “processo seletivo público”, desde que tenham sido contratados a partir de um anterior “processo de seleção pública”, determina a Lei nº 11.350/2006, no parágrafo único de seu art. 9º, que “caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no *caput*” (ou seja, desde que os entes federados certifiquem que para a contratação desses agentes houve uma seleção pública que tenha observado os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).¹

É oportuno mencionar, ainda, que, nos termos do art. 16 da Lei nº 11.350/2006, “fica vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável”.

Voltando ao inciso II do art. 37 da Constituição, é importante frisar que o concurso público de que ele trata deverá ser de provas ou de provas e títulos. Fica, assim, proibida a realização de contratações para cargos ou empregos efetivos com base em análise exclusiva de títulos ou currículos ou quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de provas. Embora não esteja escrito na Constituição, é evidente, como decorrência mesmo do princípio da moralidade, que a exigência de títulos em concursos públicos somente se justifica para os cargos ou empregos cujas atribuições dependam de especial conhecimento técnico ou científico, por exemplo, cargos de pesquisador ou professor em universidades públicas, cargos privativos de médico, engenheiro, advogado etc. Nada justifica a exigência de títulos em cargos de atribuições genéricas cujo desempenho não se relacione a qualquer área específica de formação, nem exija maiores habilidades ou aprofundamentos técnicos, científicos ou acadêmicos.

Cabe mencionar que o inciso V do art. 206 da Constituição, desde sua redação original, exige concurso público de provas e títulos para ingresso no magistério público (esse dispositivo já foi alterado pela EC nº 19/1998 e pela EC nº 53/2006; ambas mantiveram a exigência do concurso de provas e títulos; com a EC nº 53/2006, o dispositivo não mais menciona “magistério

¹ A mesma dispensa vale para os “profissionais não-ocupantes de cargo efetivo em órgão ou entidade da administração pública federal que, em 14 de fevereiro de 2006, a qualquer título, se achavam no desempenho de atividades de combate a endemias no âmbito da FUNASA”, desde que “tenham sido contratados a partir de anterior processo de seleção pública efetuado pela FUNASA, ou por outra instituição, sob a efetiva supervisão da FUNASA e mediante a observância dos princípios a que se refere o *caput* do art. 9º” (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

público”, mas sim “profissionais da educação escolar das redes públicas”, conceito que, embora dependa de regulamentação legal, é evidentemente mais amplo).

A Constituição não estabeleceu para os concursos públicos forma ou procedimento determinados. A EC nº 19/1998 alterou o art. 37, II, para afirmar que os concursos públicos poderão apresentar diferentes formas, desde que previstas em lei, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. Não se sabe ao certo o que pretendeu a EC nº 19/1998 com esse acréscimo à redação original do inciso. Talvez autorizar a lei a estabelecer procedimentos seletivos menos abrangentes para preenchimento de cargos ou empregos de menor complexidade, ou ainda permitir a realização de processos seletivos mais flexíveis para a admissão a empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista. De qualquer forma, como já aqui dito, o concurso sempre terá que ser ou de provas ou de provas e títulos, não podendo a lei estabelecer para o provimento efetivo de cargos ou empregos públicos processos seletivos com base somente em entrevistas, análise curricular, testes psicotécnicos etc.

Quanto a esses últimos – os testes psicotécnicos – o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a possibilidade de que eles sejam exigidos em concursos públicos, desde que haja previsão **legal** (evidentemente, o concurso será de provas, ou de provas e títulos, e, **além disso**, poderá haver teste psicotécnico, se previsto em **lei**, não apenas no edital).

Segundo orientação do Pretório Excelso, “o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público, desde que seja feito por lei, e que tenha por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame” (RE 188.234-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 19.3.2002).

Em suma, para que o exame psicotécnico seja exigido em concurso público é necessário o cumprimento dos seguintes pressupostos, **cumulativamente**:

- a) previsão em lei (não basta a simples exigência no edital do concurso);
- b) estabelecimento de critérios objetivos de reconhecido caráter científico para a avaliação dos candidatos;
- c) possibilidade de recurso.

Essa matéria encontra-se, hoje, tratada na Súmula 686 do STF, cuja redação, de clareza ímpar, é a seguinte:

“**686** – Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

Como os concursos públicos têm por base o princípio da isonomia, vêm sendo julgadas inconstitucionais as previsões de concessões de vantagens iniciais ou privilégios a determinadas pessoas ou categorias de empregados ou servidores. Não é raro assistirmos a verdadeiras invenções em editais de concursos municipais, e até mesmo estaduais, a exemplo da atribuição de pontos a candidatos que já trabalhem, sabe-se lá a que título, para a Administração contratante, como se o tempo de serviço decorrente de contratação irregular (ou, no mínimo, de moralidade duvidosa) pelas Administrações pudesse ser considerado “título” em favor do candidato, gerando situação de absurda desigualdade entre os concorrentes.

Ainda a respeito do princípio da isonomia, o Tribunal Constitucional entende que **não** fere esse princípio a realização de concurso público em que a classificação seja feita por regiões, ou por áreas de especialização, mesmo que para o mesmo cargo.

Para o STF, “em edital de concurso público, é válida a fixação de critérios de concorrência em caráter regional e em área de especialização” (RMS 23.259-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.3.2003).

Com base nesse entendimento, o Tribunal negou o direito a candidatos que não foram classificados na primeira fase de concurso para o cargo de Auditor-Fiscal em que se sustentava a ilegalidade da ordem de classificação, efetuada de acordo com a Região Fiscal e a especialização em que se inscreveram os candidatos.

Outra importante orientação jurisprudencial de nossos tribunais diz respeito à impossibilidade de impedir a participação em concurso, ou mesmo a nomeação de candidato aprovado, com base em alegação de “inidoneidade moral”, ou “não atendimento a requisito de bons antecedentes”, ou “ausência de capacitação moral” fundada exclusivamente no fato de o candidato estar respondendo a ação penal, ainda não transitada em julgado. Entendem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que esse procedimento da Administração Pública fere o princípio da presunção de inocência ou presunção da não-culpabilidade (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – CF, art. 5º, LVII), o qual não se restringe ao âmbito exclusivamente penal, devendo também ser observado na esfera administrativa (STF, RE 194.872/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 07.11.2000; STF, RE-AgR 487.398/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 06.06.2006; STJ, RMS 11.396/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 12.11.2007).

Conforme nossa jurisprudência, os candidatos inscritos em concurso público não têm direito adquirido à sua realização, ou seja, a Administração pode publicar edital prevendo a realização de concurso, inclusive marcando a data, e deixar de realizá-lo, ou cancelá-lo, mesmo que não haja verificado qualquer irregularidade. Basta que exista fato superveniente que tenha tor-

nado inoportuna, inconveniente ou desnecessária a realização do concurso. Os candidatos inscritos têm apenas expectativa de direito.

Evidentemente, se houverem pago taxa de inscrição e o concurso não vier a ser realizado, terão direito a pleitear a restituição da quantia paga.

Deverá, também, a Administração invalidar o concurso público, antes, durante ou depois de sua realização, se constatar a ocorrência de alguma irregularidade (aqui, a hipótese é de anulação, portanto, obrigatória, sempre que constatada irregularidade; não se cuida de faculdade da Administração).

Uma questão importante concerne à possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, do conteúdo das questões do concurso em comparação com os respectivos gabaritos divulgados pela Administração, dos critérios de correção, bem como da correspondência entre o programa constante do edital e as matérias abordadas nas questões.

O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, entende que esse tipo de análise implicaria controle do mérito administrativo e não controle de legalidade ou legitimidade. Por isso, segundo sua jurisprudência, seria incabível a verificação, pelo Judiciário, dos gabaritos apresentados, comparados com o conteúdo das questões formuladas, bem como de seus critérios de correção (na dicção da Corte Suprema, não pode o Judiciário “substituir-se à banca examinadora do concurso nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas”). Em alguns julgados, o STF entendeu inadmissível, outrossim, por considerar também mérito administrativo, a verificação de adequação entre o conteúdo das questões e os programas das disciplinas constantes do edital do concurso (RE 315.007-3/CE, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, 26.03.2002).

É muito relevante frisar, entretanto, que o entendimento acerca desse último ponto – possibilidade de controle judicial da compatibilidade entre o conteúdo das questões e os programas das disciplinas constantes do edital – foi modificado em 2005, pela mesma Primeira Turma, no julgamento do RE 434.708/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 21.6.2005. Nessa ação, o STF manteve acórdão do TJ do Rio Grande do SUL, que entendera que **duas questões de um concurso público diziam respeito a assunto não incluído no edital, referindo-se, portanto, à matéria de legalidade consistente na pertinência das questões ao programa do edital**. Asseverou-se que o edital, nele incluído o programa, é a lei do concurso e, por isso, suas cláusulas obrigam os candidatos e a Administração Pública. Por conseguinte, havendo controvérsia acerca da legalidade do ato e pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, é cabível o acesso à jurisdição (CF, art 5º, XXXV). Transcreve-se a ementa do RE 434.708/RS:

“Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das

respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso.”

A Lei nº 8.112/1990, que estabelece o regime jurídico a ser observado pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais para o provimento de **cargos** públicos (portanto, pelo regime estatutário), traz as seguintes regras relativas à exigência de concurso público prévio:

“Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de validade.

.....

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em 2 (duas) etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.”

A Lei nº 9.962/2000, que possibilitava a contratação de empregados públicos (celetistas) no âmbito da Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais, reproduz o texto do inciso II do art. 37 da Constituição, determinando, em seu art. 2º, que “a contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego”. Deve-se anotar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, decidiu que, a partir dessa data (*ex nunc*), ficou restabelecida a exigência de adoção de **regime jurídico único** na Administração Direta, autarquias e fundações públicas de cada um dos entes federados, restaurando a redação original do *caput* do art. 39 da Constituição. Na esfera federal, esse regime único é o estatutário, ou seja, embora permaneçam válidas eventuais contratações de empregados públicos para a Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais, realizadas antes de 2 de agosto de 2007, o pessoal admitido para esses órgãos e entidades depois dessa data deve ser todo estatutário, sujeito, assim, à Lei nº 8.112/1990, e não à Lei nº 9.962/2000.

Vale acrescentar que o § 2º do art. 37 da Carta Magna estabelece claramente que o desrespeito à exigência de concurso público ou ao seu prazo de validade implicará a nulidade do ato (ato de nomeação, no caso de cargos públicos, ou a celebração do contrato de trabalho, no caso de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

1.1.5. *Prazo de validade do concurso*

O inciso III do art. 37 da Constituição assim dispõe:

“III – o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;”

Entende-se por prazo de validade do concurso público o período durante o qual a Administração poderá nomear ou contratar os aprovados para o provimento ou preenchimento do cargo ou emprego público a que se destinava o concurso.

O prazo de validade é contado da homologação do concurso. Homologação é o ato administrativo mediante o qual a autoridade competente certifica que o procedimento do concurso foi válida e regularmente concluído. A nomeação ou a contratação dos aprovados somente pode ocorrer após a homologação do concurso e dentro do prazo de validade deste.

A jurisprudência do STF, durante muitos anos, desenvolveu-se (e se consolidou) no sentido de que durante o prazo de validade do concurso a Administração poderia nomear qualquer número de candidatos, contanto que tivessem sido aprovados de acordo com os critérios estabelecidos no edital, independentemente do número de vagas originalmente nele previsto. Assim, a Administração poderia nomear mais ou menos candidatos do que o previsto no edital e a nomeação poderia ser feita de uma só vez ou em parcelas, conforme a necessidade e o interesse público.

Acerca da prerrogativa de nomear mais candidatos do que o número fixado no edital e de realizar a nomeação parceladamente, não há controvérsia digna de nota. Entretanto, a possibilidade de a Administração nomear número menor de candidatos, ou mesmo de deixar transcorrer todo o prazo de validade do concurso, com ou sem prorrogação, sem nomear nenhum candidato, parece estar sofrendo atenuação no âmbito da jurisprudência do próprio STF (parte da doutrina já criticava esse entendimento, por considerá-lo contrário, entre outros, ao princípio da moralidade).

A tradicional posição segundo a qual a aprovação e classificação em concurso público representariam mera expectativa de direito pode ser vista em julgados como estes:

“Esgotado o prazo de validade do concurso, o candidato aprovado não pode reclamar a nomeação. A Administração pode preencher as vagas restantes mediante novo concurso.” (RE 52677, rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, 14.09.1964)

“O Presidente da República não está obrigado a nomear candidatos aprovados em concurso para vagas existentes. O direito do con-

cursado se verifica se houver preenchimento do cargo sem observância da classificação. Mandado de segurança indeferido.” (MS 16182, rel. Min. Evandro Lins, Tribunal Pleno, 12.10.1966)

Em julgados bem mais recentes, diferentemente do que propugnava no passado, o Tribunal Maior tem se referido à existência de direito subjetivo à nomeação quando o candidato é classificado dentro do número de vagas previsto no edital (se não houver número de vagas previsto no edital, o que ocorre com alguma frequência, entendemos não ser possível cogitar-se de direito à nomeação). Pensamos que não se trata, ainda, de uma regra geral aplicável a qualquer caso, mas, pelo menos sob certas circunstâncias, já se tem reconhecido a existência desse direito, como nos excertos abaixo vemos (grifamos):²

“A ordem natural das coisas, a postura sempre aguardada do cidadão e da Administração Pública e a preocupação insuplantável com a dignidade do homem impõem o respeito aos parâmetros do edital do concurso. **O anúncio de vagas no edital de concurso gera o direito subjetivo dos candidatos classificados à passagem para a fase subsequente e, alfin, dos aprovados, à nomeação.** Precedente: Recurso Extraordinário no 192.568-0/PI, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de setembro de 1996.” (RMS 23657, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, 21.11.2000)

“As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. **Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos**, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. ‘Como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos

² Não obstante os julgados do STF que selecionamos neste parágrafo, pensamos que a orientação ainda vigente, hoje, na Corte Suprema, é a tradicional, segundo a qual, em regra, a aprovação em concurso público gera simples expectativa de direito à nomeação, mesmo quando o edital estabelece o número de vagas que a Administração afirma pretender preencher. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, parece ter início a formação de jurisprudência reconhecendo direito adquirido à nomeação dos aprovados e classificados dentro do número de vagas oferecidas no edital de concursos públicos (vide, por exemplo, o RMS 19.478/SP, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 06.05.2008). A nosso ver, embora o assunto suscite controvérsia, ainda prevalece no Brasil a orientação tradicional, segundo a qual a regra geral é a existência de mera expectativa de direito a nomeação com a aprovação e classificação dentro do número de vagas em concurso público.

concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias' (Celso Antonio Bandeira de Mello, 'Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta', página 56)." (RE 192568, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, 23.04.1996)

"Candidatos aprovados em concurso público e classificados além do número de vagas originalmente previsto no edital de convocação. Inclusão no cadastro de reserva destinado ao preenchimento de cargos que viessem a ficar vagos no prazo de sua validade. Consequência: **direito subjetivo à nomeação, durante o lapso assinalado no respectivo edital, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato.**" (RMS 24119, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, 30.04.2002)

O prazo de validade dos concursos públicos é de até dois anos e pode ser prorrogado uma única vez por igual período. Significa que, por exemplo, se o edital estabelecia em nove meses, contados da homologação, o prazo inicial de validade do concurso, a prorrogação pela Administração, se ocorrer, somente poderá ser feita por mais nove meses, totalizando 18 meses.

A Lei nº 8.112/1990, no que respeita ao prazo de validade dos concursos na esfera federal, repete o prescrito pela CF/88, *verbis*:

"Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação."

É oportuno repisar que o § 2º do art. 37 da Carta da República estabelece que o desrespeito ao prazo de validade do concurso implicará a nulidade do ato (ato de nomeação, no caso de cargos públicos, ou a celebração do contrato de trabalho, no caso de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

1.1.6. Prioridade na nomeação

A regra vazada no inciso IV do art. 37 da CF/88 não apresenta a redação muito clara. Transcrevemos abaixo o dispositivo para que possa ser comentado:

“IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.”

A primeira providência importante é procurarmos desvendar o significado de “prazo improrrogável previsto no edital de convocação”. Não há consenso sobre o que pretendeu afirmar o constituinte e não se aproveitou a EC nº 19/1998 para tornar mais clara a redação do inciso.

Parece-nos razoável a interpretação segundo a qual o “prazo improrrogável” seria somente o período de prorrogação, porque, findo este, não pode haver outra. Assim, segundo esse entendimento, não seria possível a abertura de um outro concurso para o mesmo cargo durante o período originalmente previsto no edital, mas seria possível durante o período de prorrogação, que corresponderia ao “prazo improrrogável”, de que fala a Constituição. No nosso exemplo (no tópico anterior), não poderia ser aberto novo concurso para o mesmo cargo durante os nove meses do prazo de duração originalmente previsto, mas não existiria vedação para que isso ocorresse durante os nove meses de prorrogação.

Seja qual for a interpretação a ser adotada para “prazo improrrogável previsto no edital de convocação”, o fato é que a Constituição de 1988 não veda a realização, pela mesma Administração, de um novo concurso para o mesmo cargo ou emprego enquanto ainda válido um concurso anteriormente efetuado, mesmo que ainda haja candidatos aprovados neste concurso anterior.

Embora pareça ilógico realizar novo concurso para o mesmo cargo ou emprego enquanto válido o concurso anterior com candidatos aprovados, não há como interpretar diferentemente o dispositivo constitucional.

Senão, vejamos: o inciso estabelece a prioridade de direito à nomeação dos aprovados no concurso anterior em relação aos “novos concursados”. Ora, se é possível nomear os aprovados no concurso anterior é porque este ainda se encontra dentro de seu prazo de validade. Se há “novos concursados”, que deverão ser nomeados apenas quando não mais houver aprovados no concurso anterior ainda válido, é porque, evidentemente, foi realizado um novo concurso para o mesmo cargo enquanto ainda se encontrava dentro do prazo de validade o concurso anterior.

Neste ponto é fundamental atentar para o disposto na Lei nº 8.112/1990, que disciplina a contratação pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais para o provimento de cargos públicos. Esta Lei, no § 2º de seu art. 12, estabelece regra mais restritiva do que a plasmada no inciso IV do art. 37 da CF/88, proibindo a realização de novo concurso enquanto

ainda válido concurso anterior, em que haja candidatos aprovados, para o mesmo cargo, nos seguintes termos:

“§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.”

Essa regra da Lei nº 8.112/1990, repita-se, aplicável apenas à esfera federal, é, a toda evidência, muito mais condizente com o princípio da moralidade do que o simples estabelecimento de prioridade para os aprovados em concurso anterior, prevista no art. 37, IV, da Constituição, o qual, como dito, possibilita a concomitância de mais de um concurso válido e com candidatos aprovados para o mesmo cargo.

Em resumo, a CF/88 não proíbe a abertura de concurso público para determinado cargo ou emprego enquanto ainda esteja dentro do prazo de validade um concurso anterior realizado pela mesma Administração. A Carta Magna simplesmente estabelece prioridade para a nomeação de aprovados em um concurso anterior ainda dentro do prazo de validade sobre os aprovados no novo concurso para o mesmo cargo ou emprego.

Finalizando, observamos que há autores que apontam esse inciso IV do art. 37 da Constituição como um dos fundamentos para a obrigatoriedade de observância da ordem de classificação na nomeação dos candidatos aprovados em concurso público.

Por óbvio, não é exatamente isso que se encontra escrito no dispositivo. A verdade é que a CF/88 não estabeleceu, expressamente, em uma regra geral, a necessidade de se observar a ordem de classificação na nomeação de aprovados em concursos públicos (ela o faz em dispositivos específicos, a saber, o art. 93, inciso I, aplicável aos concursos para a carreira da magistratura, e o art. 129, § 3º, referente à carreira do Ministério Público). Não obstante, o direito à nomeação conforme a ordem de classificação está, há muito, pacificado pela jurisprudência e é, sem dúvida, decorrência necessária, dentre outros, dos princípios da moralidade e da impessoalidade, além de ser uma consequência da própria lógica subjacente à obrigatoriedade de contratação mediante concurso público, cujo fundamento mais amplo é a indisponibilidade do interesse público.

A Súmula 15 do STF é clara ao afirmar que o desrespeito, na nomeação, à ordem de classificação faz surgir para os candidatos preteridos o direito subjetivo de serem nomeados. É o seguinte o seu texto:

“15 – Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

Portanto, surge direito adquirido à nomeação para o candidato mais bem classificado se a Administração nomear antes dele outro candidato que haja obtido colocação inferior no certame. Exemplificando, se a Administração nomeia o segundo colocado em um concurso, sem haver nomeado o primeiro, este passa a ter direito à nomeação, em decorrência da preterição de seu direito à prioridade na nomeação.

1.1.7. Reserva de percentual de cargos e empregos aos portadores de deficiências

O inciso VIII do art. 37 da Lei Maior assim dispõe:

“VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”

Na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990 regulou a matéria, no que diz respeito aos cargos públicos, nos seguintes termos (art. 5º, § 2º):

“§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.”

O primeiro ponto importante a ser registrado é a necessidade de realização de concurso público pelos deficientes, ou seja, quando a CF/88 afirma que a lei “definirá os critérios de sua admissão” não os está dispensando de concurso público. O que a lei deve garantir, a exemplo do que fez a Lei nº 8.112/1990, é a reserva, no concurso realizado para determinado cargo, de um percentual de vagas a serem preenchidas por portadores de deficiência, física ou mental, compatível com o exercício do cargo.

A exata sistemática de reserva de vagas será definida pelo edital. O mais comum é que os deficientes se inscrevam como tal e concorram entre si para o preenchimento das vagas a eles reservadas.

O edital pode prever que essas vagas reservadas não se comuniquem com as vagas gerais. Nessa hipótese, não havendo deficientes inscritos, ou não alcançando os inscritos a pontuação mínima para aprovação, as vagas que haviam sido a eles reservadas simplesmente não serão preenchidas, não podendo ser aproveitadas pelos concorrentes das vagas gerais.

Pode, alternativamente, e isso é mais comum, o edital prever a reversão das vagas reservadas a deficientes na hipótese de o número de deficientes

aprovados ser inferior ao de vagas reservadas. Nessa situação, as vagas originariamente reservadas e não preenchidas pelos deficientes poderão ser ocupadas pelos concorrentes às vagas comuns.

Hipótese interessante poderá ocorrer se as regras previstas no edital acabarem por prejudicar os deficientes, situação evidentemente inadmissível, e que deverá ser corrigida por algum meio, nem que seja pelo Judiciário.

Exemplo: se houver apenas uma vaga reservada a deficientes e o segundo dos deficientes na ordem de classificação separada alcançar uma pontuação maior do que a do último colocado na classificação para as vagas não reservadas, é óbvio que deverá ser reconhecido o direito a preencher essa vaga comum àquele candidato classificado em segundo lugar entre os deficientes. Caso contrário, em vez de estar respeitando a proteção ao deficiente almejada pela Constituição, estar-se-ia prejudicando um candidato que, embora deficiente, obteve pontuação no concurso suficiente para garantir-lhe a classificação dentro do número de vagas gerais oferecidas.

Outra situação que pode causar alguma perplexidade, já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre quando temos um concurso público em cujo edital estejam previstas muito poucas vagas, uma ou duas vagas, por exemplo.

Em casos que tais, pode o edital deixar de reservar vaga para deficientes?

Antes de respondermos à indagação acima formulada, é necessário registrar que existe uma lei federal genérica (não é uma lei que trate especificamente de matéria administrativa) que “dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social (...) e dá outras providências”. Trata-se da Lei nº 7.853/1989. Embora essa lei não fale **absolutamente nada** sobre reserva de vagas para deficientes em concursos públicos, o Decreto nº 3.298/1999, a pretexto de “regulamentá-la”, criou uma regra, de forma autônoma, reservando um **mínimo de cinco por cento** das vagas dos concursos públicos em geral para deficientes (art. 37). O mesmo artigo do Decreto nº 3.298/1999 determina, ainda, que, se a aplicação desse percentual de cinco por cento resultar em número fracionado, “este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente”.

Ora, se essa regra, criada pelo decreto, de elevar o resultado fracionado ao primeiro número inteiro subsequente for aplicada sempre, em um concurso com uma única vaga, seria ela reservada para deficientes, não haveria nenhuma vaga não-reservada! Atento a esse fato, e à regra constante da Lei nº 8.112/1990, que fixa em vinte por cento o **limite máximo** de vagas a serem reservadas, o Supremo Tribunal Federal, em um caso concreto de um concurso público cujo edital previa ao todo duas vagas, decidiu que nenhuma precisaria ser reservada para deficientes.

Segundo a Corte Suprema, a reserva de uma vaga para deficientes, nesse caso, ultrapassaria o limite máximo legal de vinte por cento. Não seria possível, assim, obedecer à regra, criada pelo Decreto nº 3.298/1999, de aplicar o percentual mínimo de cinco por cento sobre as duas vagas existentes e elevar o resultado fracionado ao primeiro número inteiro subsequente, porque isso resultaria na reserva de uma vaga, o que, no caso concreto, significaria reservar cinquenta por cento do total de vagas previstas no edital. Assim, entendeu o Tribunal Maior que deve prevalecer a interpretação do texto constitucional que preserve “a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário (CF, art. 37, II), consubstanciando exceção a separação de vagas para um determinado segmento”.

Com base nesse entendimento, o STF considerou **válido** o edital de concurso para o preenchimento de duas vagas que não reservou **nenhuma** para deficientes. Entendeu a Corte Suprema que reservar uma vaga, ou seja, cinquenta por cento das vagas existentes, implicaria majoração indevida dos percentuais legalmente estabelecidos (MS 26310/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 20.09.2007).

A análise da compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência apresentada deverá ficar a cargo de junta médica oficial. Esta poderá opinar pela impossibilidade de o deficiente aprovado exercer as funções do cargo, como, por exemplo, na hipótese de um portador de deficiência visual completa que tenha passado em um concurso para motorista, ou, ainda, o que é mais comum, entender que o candidato aprovado não apresenta deficiência e não deveria ter concorrido às vagas reservadas, como, por exemplo, na hipótese de o candidato apresentar pequena redução na acuidade auditiva.

À vista do parecer da junta médica, a Administração deverá invalidar a aprovação do candidato e, conforme esteja previsto no edital, convocar para realização do exame médico o deficiente seguinte ao último na ordem de classificação.

Evidentemente, os critérios adotados pela junta médica para opinar pela incompatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo e para determinar a inexistência de deficiência que justifique o candidato haver concorrido às vagas reservadas são inesgotável fonte de litígios administrativos e judiciais. É desnecessário comentar que jamais seria possível (e nem constitucional) à lei listar taxativamente as situações efetivamente consideradas deficiência e os cargos compatíveis com cada uma delas.

Por último, vale comentar que a regra deste art. 37, VIII, da CF/88, ao reservar vagas nos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiência não afronta, sob nenhum prisma, o princípio da isonomia.

Este determina não apenas a dispensa de tratamento equivalente aos semelhantes mas, também, e isso é muito importante, exige que sejam tratados desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A grande preocupação do constituinte originário em relação à proteção e à integração do deficiente encontra-se espelhada em um grande número de dispositivos dispersos por todo o texto constitucional, como, por exemplo, o art. 7º, XXXI, que proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; o art. 23, II; o art. 24, XIV; o art. 203, IV; o art. 227, § 2º, o qual determina que a lei disponha “sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

1.1.8. *Funções de confiança e cargos em comissão*

O inciso V do art. 37 trata do exercício de funções de confiança e do provimento de cargos em comissão e possui a redação abaixo:

“V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”

Nem a Constituição, nem as leis federais, definem ou diferenciam com precisão função de confiança e cargo em comissão. Segundo Hely Lopes Meirelles, o cargo, seja ele de provimento efetivo ou em comissão, é um lugar na estrutura organizacional da Administração, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e remuneração correspondente.

A Lei nº 8.112/1990, em seu art. 3º, assim estabelece o conceito de cargo público:

“Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.”

Uma vez que todo cargo encerra um conjunto de atribuições, podemos concluir que não existe cargo sem função. Entretanto, podemos afirmar existirem funções sem um cargo específico correspondente, como é o caso das funções de confiança.

Os cargos em comissão, nos termos do inciso II deste art. 37 da CF/88, são declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. Significa isso que em princípio qualquer pessoa, mesmo que não seja servidor público de qualquer poder ou esfera da Federação, pode ser nomeada para exercer um cargo em comissão. A mesma autoridade competente para nomear é competente para, a seu critério, exonerar o servidor ocupante do cargo comissionado.

A exoneração não possui caráter punitivo. É ato administrativo amplamente discricionário. Por esse motivo, além de não precisar ser motivada, não se cogita de instauração de processo administrativo e, menos ainda, de contraditório ou ampla defesa.

O servidor ocupante de cargo comissionado que cometa infração funcional deve sofrer destituição, essa sim com caráter punitivo, aplicada após processo administrativo disciplinar em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa (a destituição, aplicável aos cargos em comissão e funções de confiança, é análoga à demissão, a qual constitui a punição máxima administrativa cominada ao servidor ocupante de cargo efetivo). Não cabe exoneração em caso de infração disciplinar, pois, repita-se, a exoneração não possui caráter punitivo.

Observa-se, assim, que o provimento de cargo em comissão é sempre feito a título precário. Não se adquire, em nenhuma hipótese, estabilidade em decorrência do exercício de cargo comissionado, não importa durante quanto tempo o servidor o exerça.

Os cargos em comissão deverão ser preenchidos por servidores de carreira, isto é, concursados, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Essa regra, extremamente salutar e moralizadora, foi introduzida pela EC nº 19/1998.

Na esfera federal, não há uma **lei** geral, aplicável a todas as carreiras federais, que estabeleça os percentuais mínimos de ocupantes de cargos em comissão que devam ser, também, titulares de cargos efetivos.

A fim de suprir essa omissão legislativa, foi editado o Decreto nº 5.497, de 21.07.2005, aplicável no âmbito de todo o Poder Executivo Federal (observe-se que é um decreto, não uma lei, como determina a Constituição).

No Poder Executivo federal, existem seis níveis de cargos em comissão. O mais baixo é denominado DAS 1 e o mais elevado é o DAS 6.

O Decreto nº 5.497/2005 estabeleceu as seguintes regras para provimento dos cargos comissionados do Poder Executivo federal:

- a) Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 75% dos cargos DAS 1, 2 e 3.
- b) Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 50% dos cargos DAS 4.
- c) É inteiramente livre a nomeação para os cargos DAS 5 e 6.

Essas regras só valem para as nomeações posteriores à publicação do Decreto nº 5.497/2005, que ocorreu em 22.07.2005.

O Decreto nº 5.497/2005 considera servidor de carreira qualquer servidor concursado de qualquer Poder de todas as esferas da Federação, inclusive o militar das Forças Armadas, agregado ou inativo, e o militar do Distrito Federal (art. 2º).

Se houver norma mais restritiva em determinado órgão ou entidade, referente à nomeação de servidores que não sejam de carreira para cargos em comissão, ela afasta o decreto. Por exemplo, determinado órgão pode, em seu regimento, conter artigo proibindo nomeação de servidores que não sejam de carreira para seus DAS 1, 2, 3 e 4; nesse caso, aplica-se a norma do regimento, não o Decreto nº 5.497/2005.

Voltando ao dispositivo constitucional em análise, deve-se notar que, mesmo no caso de provimento de cargo em comissão por servidor de carreira, isto é, concursado, jamais se adquirirá estabilidade pelo exercício daquele cargo. A estabilidade poderá ser adquirida pelo servidor em razão de seu cargo efetivo, para o qual ele prestou concurso público, e do qual ele permanece afastado apenas enquanto está exercendo o cargo em comissão.

O servidor de carreira exonerado de cargo em comissão retorna automaticamente para seu cargo efetivo e volta a exercer, normalmente, as funções a ele correspondentes. Já o servidor nomeado para cargo em comissão que não possua vínculo efetivo com o serviço público evidentemente perde toda e qualquer relação com a Administração quando é exonerado.

No caso de função de confiança, a designação para seu exercício (não há “nomeação” para função de confiança) deve recair, obrigatoriamente, sobre servidor ocupante de cargo efetivo, regra introduzida pela EC nº 19/1998. Portanto, não se pode falar em livre designação para função de confiança. Já a dispensa de função de confiança (não se usa, na esfera federal, o termo “exoneração” de função de confiança, conforme se depreende do art. 35 da Lei nº 8.112/1990) é livre, a critério da autoridade competente.

A EC nº 19/1998 introduziu outra regra de intuito moralizador segundo a qual as funções de confiança (que não correspondem a nenhum cargo) e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Com fundamento nessa restrição, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar inconstitucional lei estadual que pretendeu criar diversos cargos em comissão com atribuições de natureza meramente técnica (ADI 3.706/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.08.2007). Cargos com atribuições técnicas devem ser cargos de provimento efetivo, portanto, somente passíveis de serem exercidos por servidores previamente aprovados em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição.

Infelizmente o constituinte reformador foi tímido ao estabelecer a restrição em comento, perdendo uma excelente oportunidade de reduzir drasticamente os degradantes espetáculos de apadrinhamentos de uma numerosa súcia integrada por indivíduos quase sempre despreparados alçados a uma infinidade de cargos comissionados. Grande parte desses cargos em comissão, com atribuições absolutamente obscuras (quando chegam a possuir alguma real atribuição), nas mais diversas Administrações, representa um pesado fardo para a sociedade, que, mediante a escorchantes carga tributária a que é submetida, é compelida a patrocinar esses ineptos apaniguados, que jamais se esforçaram para ser aprovados em um concurso público, mas que, mesmo assim, abarrotam as Administrações.

Somos de opinião que, se a EC nº 19/1998 houvesse restringido os cargos em comissão exclusivamente às atribuições de direção e chefia, teria realmente contribuído para resolver esse sério problema. Verificou-se, entretanto, uma verdadeira brecha consubstanciada nas tais atribuições de assessoramento, acessíveis inclusive a pessoas não ocupantes de cargos efetivos. São esses cargos comissionados de assessoramento providos por servidores não ocupantes de cargos efetivos que possibilitam as situações mais escandalosas (são os conhecidos cargos de “aspone”), em que alguém, que nunca fez um concurso público (ou nunca foi aprovado em algum), é nomeado, com base no famoso critério de “confiança”, para nada ou quase nada fazer e ser pago com significativa parcela do esforço de nosso trabalho, cidadãos não apadrinhados que pagamos nossos tributos!

De todo modo, mesmo inexistindo regra constitucional expressa, existe a possibilidade de o Judiciário exercer algum controle sobre a criação indiscriminada de cargos em comissão, pelo menos nos casos mais escabrosos. Exemplo muito interessante em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou esse sério problema, socorrendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tivemos no julgamento do RE 365.368 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, em 22.05.2007. No caso concreto apreciado, a Câmara Municipal de Blumenau criara determinados cargos em comissão, de sorte que, dos 67 cargos que passariam a existir ao todo na Câmara, 42 seriam cargos em comissão, e só 25 seriam cargos efetivos. A Corte Maior considerou que tal situação representava afronta à moralidade administrativa, ao princípio da necessidade de concurso público e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Enfatizando que não se tratava, na hipótese, de apreciação do mérito administrativo, o STF considerou inconstitucional a criação dos cargos comissionados em discussão. Merece transcrição este trecho do registro do julgado, constante do Informativo STF nº 468 (grifamos):

“Asseverou-se que, embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua

discrecionariiedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam. **Salientando a jurisprudência da Corte no sentido da exigibilidade de realização de concurso público, constituindo-se exceção a criação de cargos em comissão e confiança, reputou-se desatendido o princípio da proporcionalidade, haja vista que, dos 67 funcionários da Câmara dos Vereadores, 42 exerceriam cargos de livre nomeação e apenas 25, cargos de provimento efetivo.** Ressaltou-se, ainda, que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser identificadas como critérios que, essencialmente, devem ser considerados pela Administração Pública no exercício de suas funções típicas. Por fim, aduziu-se que, concebida a proporcionalidade como correlação entre meios e fins, dever-se-ia observar relação de compatibilidade entre os cargos criados para atender às demandas do citado Município e os cargos efetivos já existentes, o que não ocorreria no caso.”

Por fim, não podemos deixar de manifestar nosso desalento pela inexistência, na Constituição, de uma regra expressa que impedisse, sem qualquer exceção, a prática do nepotismo (nomeação de parentes para cargos em comissão).

É verdade que no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público o nepotismo está formalmente proibido.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 7, de 18.10.2005, alterada pelas Resoluções nº 9/2005 e nº 21/2006, que, em seu art. 1º, peremptoriamente assevera: “É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.”

Essa resolução foi objeto da ADC-MC nº 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, 16.02.2006, na qual o STF concedeu liminar confirmando, até que venha a ser julgado o mérito, a constitucionalidade da proibição ao nepotismo dela constante.

Já o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 1, de 7 de novembro de 2005, que, em seu art. 1º, estabelece: “É vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e para as funções comissionadas, no âmbito de qualquer órgão do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros.”

Sem dúvida, são iniciativas das mais louváveis, mas muito falta, ainda, para que possamos comemorar a completa abolição dessa execrável prática, tão arraigada em nossos meios políticos.

1.1.9. *Contratação temporária*

O inciso IX do art. 37 da CF/88 prevê uma outra forma de admissão de pessoal para trabalhar na Administração Pública, diversa do provimento de cargos efetivos e empregos públicos mediante concurso público e diversa da nomeação para cargos em comissão. Trata-se da contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos seguintes termos:

“IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Na esfera federal, a contratação por prazo determinado encontra-se disciplinada pela Lei nº 8.745/1993, bastante alterada pela Lei nº 9.849/1999 e pela Lei nº 10.667/2003. Seu âmbito de aplicação restringe-se aos órgãos da Administração Direta federal, às autarquias e às fundações públicas federais. O pessoal contratado com base nessa lei não pode ser considerado estatutário (pois o regime jurídico trabalhista a que se submetem é contratual), nem celetista (não são regidos pela CLT). Não ocupam cargos na Administração Pública. O regime de previdência social a que estão sujeitos é o regime geral, aplicável a todos trabalhadores civis, com exceção dos ocupantes de cargos públicos efetivos. Podemos dizer que os contratados com base na Lei nº 8.745/1993 exercem **função pública** remunerada temporária para determinado órgão ou entidade da Administração.

A Lei nº 8.745/1993 estabelece, como determina a Constituição, as situações que podem ser consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público, aptas a ensejar a contratação de pessoal por tempo determinado. Não poderia ser deixado o estabelecimento destas situações a critério do administrador, pois se estaria frustrando o dispositivo constitucional.

Dentre as muitas hipóteses estabelecidas na Lei nº 8.745/1993, enumeramos algumas, que pensamos estarem entre as mais comuns ou mais importantes:

- 1) assistência a situações de calamidade pública;
- 2) combate a surtos endêmicos;
- 3) realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;
- 4) admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa;

- 5) combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica.

A contratação temporária na esfera federal **não** é feita mediante concurso público, mas sim por meio de **processo seletivo simplificado** sujeito a ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial da União.

É dispensado processo seletivo na hipótese de contratação para atender às necessidades decorrentes de **calamidade pública** e de **emergência ambiental** (MP nº 431/2008).

Em alguns casos, como no de contratação de professor e pesquisador visitante estrangeiro, a Lei nº 8.745/1993 permite a seleção baseada somente em **análise de currículo** que demonstre notória capacidade técnica ou científica do profissional. Essa regra permite concluirmos, *contrario sensu*, que nos demais casos em que seja exigido o processo seletivo simplificado não será admitido como critério exclusivo a análise curricular, sendo necessária a realização, pelos candidatos, de algum tipo de prova que permita a seleção com base em critérios objetivos.

Os prazos máximos de duração dos contratos são estabelecidos na Lei nº 8.745/1993, de acordo com a hipótese de contratação. A regra geral é serem os contratos improrrogáveis ou serem admitidas prorrogações até um limite máximo, a fim de evitar que se perpetuem as contratações, o que afrontaria o princípio constitucional do concurso público, que é a regra geral para a admissão de pessoal pelo Poder Público, e o próprio princípio da moralidade.

A extinção do contrato temporário pode ocorrer a pedido do contratado ou, de pleno direito, pelo simples término do prazo determinado. Nessas duas hipóteses não assiste ao contratado qualquer direito a indenização.

Pode, ainda, o contrato ser extinto por iniciativa do órgão ou entidade contratante, decorrente de conveniência administrativa. Neste caso, o contratado fará jus a indenização correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato (por exemplo, se a remuneração era de R\$ 1.000,00 por mês e o contrato é extinto pela Administração cinco meses antes do término originalmente previsto, o contratado terá direito a uma indenização de R\$ 2.500,00).

Acerca da natureza das funções a serem exercidas pelos agentes contratados com base neste inciso IX do art. 37 da Constituição, existia alguma polêmica na doutrina. Havia quem defendesse que não só a contratação deveria decorrer de situação excepcional e transitória, mas também as funções a serem exercidas deveriam ter caráter extraordinário ou temporário. Outros

propugnavam que somente a situação ensejadora da contratação deveria ser obrigatoriamente excepcional, mas a função poderia ser regular, ordinária.

Em recente julgado, o STF resolveu a questão, adotando a segunda tese. No entendimento do Tribunal Constitucional, o art. 37, IX, da Carta da República nada estabelece acerca das características da função a ser exercida pelo agente contratado em razão de necessidade temporária de excepcional interesse público. Temporária tem que ser a necessidade, não a natureza da atividade para a qual se contrata. O Informativo STF nº 358, a respeito da decisão proferida na ADI nº 3.068, de 25 de agosto de 2004, em que foi impugnada a Lei nº 10.843/2004, que autorizou o CADE a contratar, pelo período de 12 meses, “pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais”, esclarece:

“(...) o inciso IX do art. 37 da CF não fez distinção entre atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional, e atividades de caráter regular e permanente, nem previu, exclusivamente, a contratação por tempo determinado de pessoal para desempenho apenas das primeiras, mas, amplamente, autorizou contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público tanto numa quanto noutra hipótese, o que teria ocorrido na espécie, já que a norma impugnada visara suprir, temporariamente, enquanto não criado o quadro de pessoal permanente do CADE, a ser preenchido por meio de concurso público, a notória carência de pessoal da autarquia. Salientou-se, por fim, que a alegada inércia da Administração não poderia ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco a continuidade do serviço estatal, como no caso.” (ADI 3.068/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, 25.08.2004.)

1.2. Direito de associação sindical dos servidores públicos civis

O inciso VI do art. 37 da CF/88 categoricamente garante ao servidor público civil o direito à livre associação sindical, nos mesmos moldes em que é assegurado esse direito aos trabalhadores em geral, pelo art. 8º da CF. A norma do art. 37, VI, é auto-aplicável, diferentemente, como veremos, do direito de greve do servidor público civil.

O primeiro ponto que devemos registrar diz respeito à existência de regra diametralmente oposta para os militares: a estes são vedadas, em sede constitucional, a sindicalização e a greve, proibição esta consubstanciada em norma auto-aplicável (art. 142, IV), não comportando qualquer exceção.

Outra observação relevante diz respeito ao direito de negociação coletiva e ao ajuizamento de ações coletivas frente à **Justiça do Trabalho**,

que se encontravam assegurados pelas alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei nº 8.112/1990. Ambas as alíneas, atualmente revogadas pelo art. 18 da Lei nº 9.527/1997, foram declaradas inconstitucionais pelo STF no julgamento da ADIn nº 492-1-DF, de 12.03.1993 (firmou-se o entendimento de que as lides entre servidores públicos federais e a Administração Pública federal são de competência da **Justiça Federal**).

1.3. Direito de greve dos servidores públicos civis

O inciso VII do art. 37 da Constituição de 1988 concede aos servidores públicos o direito de greve. A norma insere-se na categoria das normas constitucionais de **eficácia limitada**, segundo a já consagrada classificação de José Afonso da Silva.

É oportuno observar que o direito de greve do trabalhador da iniciativa privada está assegurado no art. 9º da Carta da República, que é uma norma auto-exercitável, embora passível de ulterior restrição pelo legislador ordinário (exemplo típico de norma de eficácia contida, segundo a classificação de José Afonso da Silva).

Convém transcrever os dispositivos, para que se perceba a diferença entre o art. 9º, repita-se, aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada, e o art. 37, inciso VII, dirigido aos servidores públicos estatutários:

“Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

.....

Art. 37.

.....

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”

Conforme se constata, o direito de greve do servidor público não pode ser considerado automaticamente exercitável com a simples promulgação da Constituição de 1988. É necessária a edição de lei ordinária específica que estabeleça os termos e limites do exercício do direito de greve do servidor

público civil (no texto originário da Constituição, modificado pela EC nº 19/1998, era exigida lei complementar).

A lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, reque-rida pela Carta da República, até hoje não foi editada. É relevante registrar que, em face da desabrida inércia de nosso legislador, o Supremo Tribunal Federal, atribuindo à sua decisão no julgamento de três mandados de injunção a eficácia propugnada pela denominada posição concretista geral, **determinou a aplicação temporária ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado** (Lei nº 7.783/1989), até que o Congresso Nacional edite a mencionada lei regulamentadora.³

Quanto à abrangência do art. 37, inciso VII, entendemos que a restrição ao direito de greve dele constante **não se aplica aos empregados públicos**. O direito de greve do empregado público (celetista), segundo pensamos, é regido pelas disposições do art. 9º da Constituição. Isso porque a restrição constante do art. 37, inciso VII, é justificada pelo regime de direito público a que se submetem os servidores públicos estatutários. Os empregados públicos, sendo regidos predominantemente pelo direito privado, sujeitam-se às regras gerais aplicáveis aos trabalhadores em geral. Derrogações ao regime jurídico de natureza privada dos empregados públicos não se presumem; elas devem estar absolutamente explícitas no texto constitucional (como ocorre, por exemplo, quanto às regras constitucionais acerca da proibição de acumulação remunerada de cargos empregos e funções públicas, vazadas nos incisos XVI e XVII do art. 37).

Por fim, impende consignar que o direito de greve é vedado aos militares, sem nenhuma exceção, nos termos do art. 142, inciso IV, da Carta de 1988.

1.4. Regras constitucionais pertinentes à remuneração dos agentes públicos

1.4.1. Fixação da remuneração e revisão geral

O inciso X do art. 37 da CF/88 foi bastante alterado pela EC nº 19/1998, passando a ter a seguinte redação:

“X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em

³ MI 670 e 708, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007.

cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;⁴

A mais importante alteração introduzida pela referida emenda constitucional diz respeito à exigência de lei ordinária **específica** para que se fixe ou altere a remuneração (em sentido amplo) dos servidores públicos. Isso quer dizer que cada alteração de remuneração de qualquer cargo deverá ser feita por meio de edição de uma lei ordinária que somente trate deste assunto – a fixação ou a alteração do valor da remuneração de determinado (ou determinados) cargo.⁵

A iniciativa privativa das leis que fixem ou alterem remunerações dependerá do cargo a que a lei se refira. Uma leitura sistemática da Constituição, atinente às principais hipóteses de iniciativa de leis que tratem de remuneração de cargos públicos, fornece-nos o seguinte quadro:

- a) Iniciativa é privativa do Presidente da República para os cargos da estrutura do Poder Executivo federal (CF, art. 61, § 1º, II, “a”);
- b) Para os cargos da estrutura da Câmara dos Deputados, a iniciativa das leis que fixe ou altere sua remuneração será privativa desta Casa (CF, art. 51, IV);
- c) Relativamente a cargos pertencentes à estrutura organizacional do Senado Federal, compete privativamente a esta Casa a iniciativa das leis que fixem ou alterem suas remunerações (CF, art. 52, XIII);
- d) No Poder Judiciário, a regra é a competência privativa de cada tribunal para a proposta de lei que fixe ou altere as remunerações dos cargos integrantes de suas estruturas organizacionais (CF, art. 96, II, “b”);
- e) A fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é de iniciativa privativa do próprio STF. A EC nº 41/2003 acabou com a exigência de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal para a fixação desses subsídios. Deve-se registrar, por óbvio, que o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, será submetido à sanção ou veto do Presidente da República;
- f) A fixação do subsídio dos Deputados Federais, dos Senadores, do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado é da compe-

⁴ O inciso X do art. 37 da Constituição, com a redação dada pela EC nº 19/1998, está regulamentado pela Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001.

⁵ Antes da Emenda nº 19/1998, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, havia estabelecido a impossibilidade de a fixação da remuneração dos servidores públicos submetidos ao regime estatutário ser objeto de negociação coletiva. Atualmente, a matéria encontra-se sumulada, nestes termos (Súmula 679 do STF): “A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.”

tência exclusiva do Congresso Nacional, não sujeita à sanção ou veto do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da “revisão geral anual” a que se refere o dispositivo em estudo, deve ser efetivada mediante lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (na esfera federal, o Presidente da República). Segundo a Corte, essa “revisão geral anual” enquadra-se no disposto no art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição. Diferentemente, quando o Poder Legislativo pretenda conceder aumento de remuneração aos servidores de seus respectivos quadros, a iniciativa é da própria Casa legislativa, por não se configurar “revisão geral” de remuneração. É bastante ilustrativo a esse respeito o que foi decidido na ADI nº 3599/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, em 21.05.2007. Transcreve-se, abaixo, excerto do registro desse julgamento, constante do Informativo STF nº 468 (grifamos):

“O Tribunal conheceu em parte de ação direta ajuizada pelo Presidente da República e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido nela formulado de declaração de inconstitucionalidade das Leis 11.169/2005 e 11.170/2005, de iniciativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que alteraram a remuneração dos servidores dessas Casas Legislativas, majorando-a em 15%. **Afastou-se a alegação de ofensa ao art. 61, § 1º, II, a, da CF, haja vista não se tratar de normas que pretenderam revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos**, mas de normas específicas (CF, art. 37, X), daquelas Casas Legislativas, que concederam majoração de remuneração a seus servidores, com base no art. 51, IV e no art. 52, XIII, ambos da CF, não havendo, assim, que se falar, também, em violação ao princípio da separação de poderes.”

Outro ponto relevante concerne à referência ao subsídio introduzida pela EC nº 19/1998 a este inciso X do art. 37. Essa alteração teve por objetivo somente adaptar a redação do dispositivo à espécie remuneratória criada pela reforma administrativa, disciplinada no § 4º do art. 39 da Constituição, que será adiante estudada. Por ora, é suficiente esclarecermos que após a EC nº 19/1998 o sistema remuneratório dos agentes públicos em geral passou a ser composto por três distintas categorias jurídicas, a saber:

a) **subsídio**: é inovação introduzida em nosso ordenamento pela reforma administrativa. Caracteriza-se por ser um estipêndio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. É modalidade de remuneração (em sentido amplo) de aplicação:

1. obrigatória para os agentes políticos: Chefes dos Executivos, Deputados, Senadores, Vereadores, Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, membros da Magistratura, membros do Ministério Público, Ministros dos Tribunais de Contas etc.
2. obrigatória para alguns servidores públicos: os servidores das carreiras pertencentes à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, às Procuradorias dos Estados e do DF e os servidores da Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.
3. facultativa para os servidores públicos organizados em carreira: desde que assim disponham as leis federais, estaduais, municipais ou do DF, conforme a carreira de que se trate.

b) **vencimentos**: às vezes denominados, simplesmente, remuneração (as leis e a própria CF não observam sempre, infelizmente, rigorosa precisão terminológica ao se referirem às modalidades remuneratórias dos agentes públicos).

Percebem vencimentos, ou, simplesmente, remuneração (em sentido estrito), os servidores públicos submetidos a regime jurídico estatutário. Conforme a doutrina e a jurisprudência, os vencimentos são compostos pelo vencimento básico do cargo (correspondente ao padrão do cargo estabelecido em lei, normalmente denominado, apenas, vencimento, no singular) e mais as vantagens pecuniárias estabelecidas em lei (gratificações, adicionais de insalubridade, tempo de serviço etc.).

c) **salário**: é a contraprestação pecuniária paga aos empregados públicos, admitidos sob o regime jurídico trabalhista, contratual, sujeitos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A parte final do inciso X do art. 37 assegura revisão geral anual da remuneração e do subsídio dos servidores públicos sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Antes da EC nº 19/1998, a CF aludia expressamente à obrigatoriedade de utilização de índices de revisão de remuneração idênticos para servidores públicos civis e militares. Atualmente, o inciso menciona apenas “servidores públicos”, de forma genérica. Apesar disso, parece mais razoável exigir-se a utilização de índice idêntico para a revisão da remuneração de servidores civis e militares, especialmente por tratar-se, como se verá, de mera reposição de perdas inflacionárias e não de aumento de remuneração. Como a inflação é a mesma para todos, não parece condizente com o princípio da isonomia

a concessão de revisão em índices diferenciados. Não há, todavia, consenso quanto a essa interpretação, existindo quem entenda possível, após a Emenda nº 19/1998, a revisão geral das remunerações de servidores civis e militares em datas diversas e com índices diferenciados.

É bom enfatizar que, após a EC nº 19/1998, o inciso passou a estabelecer periodicidade anual para a revisão geral de remuneração, diferentemente do que se verificava no texto primitivo, o qual não aludia a qualquer periodicidade.

Deve ficar claro que a revisão geral de remuneração mencionada no inciso não se implementa mediante a simples reestruturação de algumas carreiras. A revisão geral anual visa apenas a recompor o poder aquisitivo da remuneração do servidor. Não se trata de aumento real da remuneração, mas apenas de um aumento nominal, sendo, por isso, denominado pelo Prof. Hely de aumento impróprio. As reestruturações de carreiras, além de, evidentemente, não serem “gerais”, não estão relacionadas ao decréscimo de valor da moeda e podem implicar, ou não, aumento real dos vencimentos ou subsídios, dependendo dos moldes em que a reestruturação seja feita. A revisão geral deve estender-se a todos os servidores públicos civis, sejam ou não ocupantes de cargos pertencentes a carreiras que tenham sido reestruturadas. Como acima já discutido, é razoável o entendimento de que a revisão anual seja extensiva, também, aos servidores públicos militares, na mesma data e sem distinção de índices.

É interessante registrar que o Poder Executivo federal descumpriu acintosamente este inciso X do art. 37 desde a promulgação da EC nº 19/1998 até o ano de 2002. Em razão dessa afronta ao constituinte derivado, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI 2.061/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 25.04.2001), na qual o STF declarou a “mora legislativa, de responsabilidade do Presidente da República”, por haver deixado de apresentar o projeto de lei necessário à revisão geral das remunerações dos servidores federais, uma vez que a matéria é de sua iniciativa privativa, consoante o art. 61, § 1º, II, “a”, do texto constitucional.

Desde 2002, então, o Poder Executivo federal tem apresentado projetos de lei visando a dar cumprimento formal ao dispositivo constitucional em comento. Dizemos “cumprimento formal” porque os índices de reajustes concedidos têm sido totalmente dissociados de qualquer índice de inflação, não acompanhando, sob nenhuma perspectiva, o aumento do custo de vida. Dessarte, sob o aspecto substancial, o inciso X do art. 37 da Carta Magna continua a ser fragorosamente menoscabado, uma vez que a “revisão geral anual” das remunerações dos servidores públicos não tem, minimamente, almejado preservar seu poder aquisitivo.

1.4.2. *Limites de remuneração dos servidores públicos (teto constitucional)*

O inciso XI do art. 37 estabelece a regra conhecida como teto constitucional de remuneração dos servidores públicos. Esse inciso foi alterado pela EC nº 19/1998 (“reforma administrativa”) e, apenas cinco anos depois, foi novamente modificado com a promulgação da EC nº 41/2003 (instrumento da segunda assim denominada “reforma da previdência”). É o seguinte o longo texto atual do inciso XI:

“XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

O texto original da Constituição previa um teto de remuneração para cada poder e para cada esfera da Federação. A EC nº 19/1998 unificou todos os tetos, estabelecendo como limite único o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tal subsídio, para efeito de limite geral de remuneração, deveria ser fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Essa lei não chegou a ser editada, pelas evidentes dificuldades de acordo decorrentes dessa esdrúxula “iniciativa conjunta”.

A EC nº 41/2003 novamente modificou o dispositivo em análise. Atualmente, há um teto absoluto, que é o subsídio dos ministros do STF, e outros limites nos estados, Distrito Federal e Municípios, que podem ser inferiores ou, no máximo, iguais ao subsídio dos Ministros do Tribunal Constitucional. Além disso, a EC 41/2003, em boa hora, eliminou a exigência de iniciativa

conjunta do projeto de lei de fixação dos subsídios dos Ministros da Corte Suprema; a iniciativa volta a ser do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do atual art. 96, II, “b”, da Constituição.

A fixação de limite de remuneração a ser paga por todos os poderes de cada uma das esferas da Federação tem o intuito óbvio de evitar a existência de cargos ou de servidores recebendo valores absurdamente elevados, incompatíveis com a realidade do Brasil.

Tais casos existem em decorrência de distorções ocorridas no passado ou de situações individuais escandalosas resultantes de acumulações de vantagens, incorporações das mais variadas parcelas, sob os mais diversos títulos, à remuneração regular e muitas outras.

Essa casta de servidores remunerados de forma desproporcional, mas não ilegal, acabou se tornando conhecida como a casta dos marajás do serviço público, com seriíssima repercussão perante a opinião pública em detrimento dos demais servidores que, além de, em regra, serem mal remunerados, perderam significativa parcela do respaldo justamente daqueles em função dos quais existem: a população em geral.

A EC nº 41/2003 determina a aplicação do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza (art. 9º da EC 41/2003).

O referido art. 17 do ADCT estabelece que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Significa dizer que aqueles que hoje recebem dos cofres públicos, em quaisquer das esferas de governo, valores superiores aos limites fixados pelo novo texto constitucional terão seus ganhos reduzidos, até se enquadrarem nos novos comandos da Carta Política, sem direito à alegação de direito adquirido.

A Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, conquanto não tenha modificado diretamente a redação do inciso XI do art. 37, acrescentou dois parágrafos a esse artigo, com repercussão relevante na aplicação daquele inciso. Com efeito, o § 11 do art. 37, acrescentado pela EC nº 47/2005, determina que **não serão computadas na aplicação do teto de remuneração “as par-**

celas de caráter indenizatório previstas em lei”. O art. 4º da EC nº 47/2005 cuidou de dar aplicação imediata a esse novo dispositivo, mediante regra de transição, segundo a qual “enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003”.

O segundo acréscimo trazido pela EC nº 47/2005, também relacionado à aplicação do teto constitucional de remuneração, consiste no § 12 do art. 37, que faculta “aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Esse teto único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais, nem dos Vereadores, pois eles possuem limites próprios previstos em outros dispositivos da Constituição (art. 27, § 2º; art. 29, incisos VI e VII; art. 32, § 3º).

As principais observações, que entendemos pertinentes, acerca dos tetos de remuneração previstos no texto constitucional, após a EC nº 41/2003 e a EC nº 47/2005, são as seguintes:

- a) Há um teto absoluto, correspondente ao subsídio dos ministros do STF, a ser fixado em lei de iniciativa do STF, estando o projeto de lei resultante, como qualquer outro projeto de lei, sujeito à sanção ou veto do Presidente da República. Esse teto não pode ser ultrapassado por nenhum Poder em nenhuma esfera da Federação.
- b) Além do limite absoluto representado pelo subsídio dos ministros do STF, o texto constitucional estabelece limites para os estados, o DF e os municípios, a saber: (1) nos municípios, o teto é o subsídio percebido pelo Prefeito; (2) nos estados e no DF há um limite diferenciado por Poder, correspondendo ao subsídio mensal do Governador, para o Poder Executivo, ao subsídio dos deputados estaduais e distritais, no Poder Legislativo, e ao subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário. Logo, na esfera federal, há somente um limite – o subsídio dos ministros do STF –, ao passo que, nas demais esferas, há, além deste, um outro limite, comumente referido como subteto dos estados, Distrito Federal e municípios (cumpre notar que nem sempre esse subteto será inferior ao subsídio dos ministros do STF, uma vez que é possível que o subsídio recebido pelo Governador de um estado ou do DF, ou o subsídio a que faça jus o Prefeito de um município, seja igual ao auferido pelos ministros da Corte Suprema).
- c) Os estados e o Distrito Federal têm a faculdade de fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como **limi-**

te único, o subsídio mensal dos desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado esse limite único a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Esse subteto único, caso adotado, não se aplicará aos subsídios dos deputados estaduais e distritais, nem dos vereadores.

- d) Os subsídios dos Governadores e dos Prefeitos não podem ser superiores ao subsídio dos ministros do STF, mas nada impede que sejam iguais a este. Com relação aos parlamentares estaduais e distritais, não haveria mesmo, de forma nenhuma, possibilidade de seus subsídios ultrapassarem o dos ministros do STF, uma vez que o art. 27, § 2º, da Constituição estabelece que o subsídio dos deputados estaduais deve ser de, no máximo, 75% do fixado para os deputados federais (o art. 32, § 3º, da Constituição manda aplicar aos deputados distritais as mesmas regras pertinentes aos estaduais). Ora, como os deputados federais têm seu subsídio limitado ao dos ministros do STF, os subsídios dos deputados estaduais e distritais jamais poderiam ser superiores ao destes (serão sempre, no mínimo, 25% inferiores).
- e) Os limites incluem todas as espécies remuneratórias e todas as parcelas integrantes do valor total percebido, incluídas as vantagens pessoais ou quaisquer outras, **excetuadas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei**.
- f) Os limites abrangem os valores resultantes de acumulação de remunerações ou subsídios, ou de remunerações ou subsídios com proventos, pensões ou qualquer outra espécie remuneratória, seja ou não lícita a acumulação.
- g) Por força do comando do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos novos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.
- h) Relativamente ao salário dos empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, os tetos somente se aplicam àquelas que **receberem recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral** (CF, art. 37, § 9º).

Por fim, é sobremaneira relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal julgou **inconstitucional o estabelecimento de limites diferentes de remuneração para os magistrados estaduais e federais**. A Corte Suprema, enfatizando o caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, entendeu que se estaria violando o princípio da isonomia, pelo estabelecimento, sem nenhuma razão lógico-jurídica que o justifique, de tratamento discriminatório entre **magistrados** federais e estaduais que desempenham iguais funções e se submetem a um só estatuto de âmbito nacional (Lei Complementar nº

35/1979), restando ultrapassados, desse modo, pela EC nº 41/2003 e pela EC nº 47/2005, os limites do poder constituinte de reforma.

Frise-se que o STF só considerou ilegítima a distinção de limites remuneratórios entre os **magistrados federais e estaduais** (e **não** entre os demais servidores do Poder Judiciário estadual, comparados com os demais servidores do Poder Judiciário federal). Por isso, **não** foi suprimida nenhuma parte das disposições constitucionais relativas às regras de teto de remuneração. O que a Corte fez foi **dar interpretação conforme à Constituição ao art. 37, inciso XI, e seu § 12**, para excluir a submissão dos **membros da magistratura estadual** ao subteto de remuneração (ADIMC 3.854/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 28.02.2007).

Dessa forma, os subsídios dos desembargadores dos Tribunais de Justiça **não** estão limitados a 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF, **nem** esse valor de 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF é aplicável para determinação do valor dos subsídios dos demais **magistrados estaduais**. Mas esse valor – 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF – é, sim, aplicável como limite para a remuneração dos demais servidores (não magistrados) do Poder Judiciário estadual.

Em nossa opinião, esse valor – 90,25% do subsídio mensal dos ministros do STF – é também aplicável como limite aos membros do Ministério Público⁶, aos procuradores e aos defensores públicos, pelo simples motivo de que a decisão do STF na ADIMC 3.854/DF não apreciou a situação dessas categorias, não sendo possível, evidentemente, fazer uma “extensão por analogia” do decidido na ação em foco a fim de afastar a aplicação do texto constitucional a agentes públicos que o Supremo Tribunal Federal não mencionou.

1.4.3. *Limite aos vencimentos dos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário*

O inciso XII do art. 37 da CF/88 traz uma regra de interpretação não muito fácil, especialmente após a EC nº 19/1998. É a seguinte a redação do dispositivo:

“XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”

A regra deste inciso XII somente pode se referir a cargos assemelhados nos três poderes. Não existe mais, expressa na Constituição, a regra anterior-

⁶ Ver ADIMC 3.831/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 15.12.2006.

mente constante do art. 39, § 1º, que assegurava isonomia de vencimentos aos servidores dos três poderes (embora, evidentemente, continue existindo o princípio genérico da isonomia, corolário obrigatório da forma republicana de governo). Existe, entretanto, essa regra do inciso XII do art. 37 que determina como parâmetro os vencimentos pagos pelo Poder Executivo.

A regra desse inciso XII também tem evidente intuito moralizador. Como o Poder Executivo é o responsável pela administração do orçamento geral, os vencimentos por ele pagos devem servir de limite aos vencimentos pagos pelos demais poderes.

Exemplificando, se um motorista sem nenhuma atribuição especial perceber vencimentos de R\$1.000,00 no Poder Executivo, os motoristas com atribuições iguais ou semelhantes dos outros poderes não poderiam receber vencimentos superiores a R\$1.000,00. Poderiam até receber menos do que esse valor, segundo a literalidade do inciso, mas não mais do que ele.

1.4.4. *Vedação de vinculações e equiparações*

O inciso XIII do art. 37 traz regra proibindo o estabelecimento de vinculações e equiparações entre as remunerações pagas no serviço público. A regra protege a Administração e é bastante abrangente: aplica-se a qualquer espécie remuneratória (antes da EC 19/1998 o texto do inciso aludia apenas a “vencimentos”) e refere-se a quaisquer cargos, empregos ou funções públicos. É o seguinte o teor do dispositivo:

“XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;”

Conforme a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, **equiparação** consiste na concessão de tratamento jurídico paralelo a cargos com funções desiguais. Equiparar significa prever, em lei, para um determinado cargo, remuneração igual à de um outro cargo. Não há equiparação quando duas leis distintas estabelecem, cada uma, remuneração idêntica para os servidores por cada uma abrangidos, contanto que não se crie vinculação automática entre as remunerações.

O mesmo autor ensina que **vinculação** é a utilização, pela lei, de índices ou critérios automáticos de reajustamento da remuneração, como o salário mínimo, determinado índice de inflação, a arrecadação orçamentária etc.

Vincular não significa igualar as remunerações, mas estabelecer mecanismos que impliquem alteração automática da remuneração do cargo vinculado toda vez que ocorra alteração da remuneração do cargo vinculante.

É oportuno anotar, a esse respeito, o disposto na Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal, abaixo reproduzida:

“681 – É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.”

O inciso XIII do art. 37 é norma constitucional de eficácia plena, ou seja, é auto-aplicável. Portanto, com a promulgação da CF/88, ficaram automaticamente revogadas todas as leis que estabeleciam equiparações ou vinculações entre vencimentos de cargos ou carreiras, em todas as esferas da Federação. Após a EC nº 19/1998, estendeu-se a proibição a qualquer espécie remuneratória – vencimentos, subsídios, salários ou outras.

No julgamento da ADI 3.491/RS, rel. Min. Carlos Britto, em 27.09.2006, o STF declarou inconstitucional, por violar o inciso XIII do art. 37 da Constituição, lei estadual que vinculava o reajuste dos subsídios do governador, do vice-governador e dos secretários de estado ao reajuste concedido aos servidores públicos estaduais.⁷

Deve-se, entretanto, salientar que a norma constitucional dirige-se ao legislador ordinário: é vedado à lei o estabelecimento de vinculações ou equiparações. Quando a própria CF as estabelece é evidente a sua legitimidade, como ocorre, exemplificativamente:

- a) na equiparação dos Ministros do Tribunal de Contas da União aos Ministros do STJ (CF, art. 73, § 3º);
- b) na vinculação entre os subsídios dos Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e dos demais membros da Magistratura (CF, art. 93, V);

1.4.5. *Base de incidência de acréscimos pecuniários*

O inciso XIV do art. 37 estabelece uma importante regra, cujo objetivo foi evitar as principais distorções verificadas nas remunerações de alguns servidores, decorrentes de incidência cumulativa de vantagens pecuniárias. A EC nº 19/1998 ampliou a restrição ao cálculo de parcelas ou adicionais de remuneração, restando o inciso, hoje, vazado nos seguintes termos:

⁷ Deve-se registrar que, na mesma ADI 3.491/RS, o Tribunal Maior entendeu que a lei estadual estava, também, contrariando o art. 49, VIII, da Carta Política, de observância obrigatória pelos estados-membros, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado. Assim, fixar os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos secretários de estado é competência exclusiva da assembléia legislativa, ou seja, essa fixação não é passível de ser estabelecida mediante lei.

“XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;”

O principal objetivo dessa regra foi abolir a situação, antes usual, em que o servidor, depois de exercer por alguns anos uma função gratificada de um determinado nível, incorporava o valor dela ao seu vencimento e, passando a exercer outra função gratificada de um nível superior, recebia esta calculada sobre o valor do vencimento já acrescido da incorporação da função anterior, e assim sucessivamente, podendo tais incidências cumulativas (sobre incorporações de adicionais anteriores) levar a montantes totais de remuneração extremamente elevados.

Antes da reforma administrativa, proibía-se somente que os acréscimos fossem computados ou acumulados para concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento, o que poderia levar à interpretação de que seria possível a acumulação quando os títulos ou fundamentos dos acréscimos fossem diversos.

A aplicação do dispositivo atual é mais abrangente. A nosso ver, a interpretação mais consentânea com a moralidade administrativa, e mesmo com o evidente espírito que norteou a regra, deveria ter como resultado a exigência de que qualquer vantagem pecuniária – adicionais ou gratificações – somente pudesse incidir sobre o vencimento básico, não se admitindo a incidência de um determinado acréscimo sobre um outro adicional ou gratificação.

Para ilustrar, suponhamos um servidor que perceba vencimento de R\$ 1.000,00, e que passe a fazer jus a uma gratificação de R\$ 600,00, em razão do desempenho de certa função. Posteriormente, em razão do desempenho de atividade em área insalubre, passe a ter direito a adicional de insalubridade de 20%. Pela aplicação do inciso XIV do art. 37 da Constituição, segundo a interpretação que entendemos deva ser adotada, o novo adicional, e outros que porventura venha o servidor a ter direito, deve incidir sobre o vencimento básico (R\$ 1.000,00), e não sobre este acumulado com a gratificação (R\$ 1.600,00). O valor de seu adicional de insalubridade resulta, portanto, em R\$ 200,00.

1.4.6. *Irredutibilidade dos vencimentos e subsídios*

O inciso XV do art. 37 da Constituição estabelece uma regra há muito consagrada em nosso ordenamento, a qual assegura a denominada irredutibilidade dos vencimentos dos cargos públicos. É o seguinte o texto do dispositivo:

“XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;”

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o preceito em foco aplica-se não só aos cargos efetivos, mas também aos cargos em comissão (RE 378.932/PE, rel. Min. Carlos Britto, 30.09.2003; MS 24.580/DF, rel. Min. Eros Grau, 30.08.2007). Pensamos que esse ponto realmente não deveria ensejar controvérsia significativa, uma vez que o texto do dispositivo refere-se, sem fazer qualquer distinção, a “cargos públicos”, expressão que evidentemente inclui os cargos efetivos e os cargos de provimento em comissão.

O problema que consideramos relevante é a alusão a “vencimentos” de **empregos públicos**. Ora, empregado público (regime contratual, celetista) recebe **salário**, e os salários possuem regra própria, constante do art. 7º, inciso VI, da Constituição, que, apesar de assegurar a irredutibilidade, **ressalva o disposto em convenção ou acordo coletivo**.

Nossa opinião é que os salários dos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitos ao art. 7º, inciso VI, da Constituição, ao passo que os salários dos empregados públicos das Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas – nos entes federados em que haja empregados públicos nesses órgãos e entidades – estão sujeitos ao art. 37, inciso XV, da Carta Política.

Ressalvamos que não existe consenso, nem doutrinário, nem jurisprudencial. Há autores insígnies que defendem ser o art. 37, inciso XV, aplicável somente a cargos públicos e outros administrativistas de igual quilate que entendem abranger ele todos os empregos públicos, em qualquer órgão ou entidade.

A diferença fundamental, conforme acima explicado, concerne à possibilidade, ou não, de o salário do empregado público ser reduzido, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, uma vez que há essa ressalva unicamente no art. 7º, inciso VI, da Constituição, e não no seu art. 37, inciso XV.

O inciso XV em estudo expressamente autoriza a redução de vencimentos se esta decorrer da aplicação do disposto no inciso XIV do mesmo art. 37 da Carta Política. Vimos que o inciso XIV proíbe a incidência de acréscimos sobre outras parcelas incorporadas ou não ao vencimento básico. As remunerações que estejam em desacordo com essa regra sofrerão redução para a ela se ajustarem, sem que seja possível invocar-se a irredutibilidade de vencimentos.

Também deverá ser respeitado, sempre, o teto de remuneração previsto no inciso XI do art. 37 da CF/88, não cabendo alegar irredutibilidade na hipótese de redução da parcela dos subsídios ou vencimentos que excederem os limites ali previstos, como, expressamente, determina este inciso XV do art. 37.

Ainda, a irredutibilidade não impede a criação ou majoração de tributos incidentes sobre os vencimentos ou subsídios, mesmo que sejam tributos que incidam diferenciadamente sobre essas modalidades remuneratórias.

Por último, devemos enfatizar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que essa irredutibilidade dos vencimentos e subsídios é **nominal**, ou seja, não confere direito a reajustamento em decorrência de perda de poder aquisitivo da moeda. Assim, não importam os índices de inflação; mantidos inalterados os vencimentos estará respeitado o direito à irredutibilidade. Em poucas palavras: inexistente garantia de irredutibilidade **real** de vencimentos ou subsídios.

Em síntese, a irredutibilidade dos subsídios e vencimentos constitui garantia meramente formal, produzindo praticamente nenhum dos efeitos a que deveria visar, especialmente a manutenção do poder aquisitivo da remuneração paga aos servidores públicos.

1.5. Administração tributária

O texto vigente da Constituição Federal traz duas regras específicas acerca da Administração Tributária.

A primeira delas, obra do constituinte originário, não alterada pela “reforma administrativa”, estabelece que “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei” (CF, art. 37, XVIII).

Nesse dispositivo, o constituinte explicita a importância da Administração Fazendária, e dos seus servidores fiscais, para a Administração e para o Estado em geral, uma vez que é por meio da atuação daqueles que são arrecadados os recursos indispensáveis ao custeio das atividades deste.

Embora seja um inciso dependente de regulamentação pelo legislador ordinário, da regra nele insculpida decorre que nenhum setor da Administração poderá obstar ou dificultar o desempenho das funções dos servidores fiscais fazendários. Exemplificando, se a fiscalização sanitária houver interditado um depósito por entender que contenha alimentos sem condições para consumo, mas a administração fazendária necessitar entrar no estabelecimento para averiguar a procedência dos alimentos, sob suspeita de entrada irregular no

País, não poderá a fiscalização sanitária obstar o trabalho da fiscalização fazendária. Entretanto, a forma como será respeitada essa precedência deverá estar determinada em lei, uma vez que a norma constitucional não é auto-aplicável.

A segunda disposição acerca da atuação da Administração Tributária é muito mais incisiva, e seus efeitos são sobremaneira relevantes. Trata-se do inciso XXII do art. 37 da Constituição, incluído pela EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003 (Diário Oficial da União de 31.12.2003), instrumento daquilo que, num arroubo extremado de boa vontade, ficou conhecido como “reforma tributária”. É a seguinte a redação do preceito acrescentado:

“XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.”

As seguintes observações podem ser feitas:

- a) As atividades da Administração Tributária são definidas como típicas de Estado (“essenciais ao funcionamento do Estado”). Em nossa opinião, isso elimina qualquer dúvida quanto à incidência, relativamente aos servidores que as exerçam, do disposto no art. 247 da Constituição⁸ (critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável e perda do cargo por insuficiência de desempenho somente possível mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa). Pensamos, também, embora quanto a isso não exista consenso, que tais servidores devem ser, obrigatoriamente, estatutários. De toda forma, parece-nos que, ao referir-se a “servidores de carreiras específicas”, o constituinte derivado reforçou grandemente esse entendimento.
- b) As Administrações Tributárias terão recursos prioritários para a realização de suas atividades. Essa regra é significativamente reforçada pela alteração introduzida pela mesma EC nº 42/2003 ao art. 167, IV, da Constituição. Esse inciso IV do art. 167 estabelece a regra geral segundo a qual é vedada

⁸ “Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.”

a vinculação de receita de **impostos** a órgão, fundo ou despesa e, em seu próprio texto, enumera as exceções (antes da EC nº 42/2003 as exceções mais importantes eram as hipóteses de repartição de receitas tributárias e a vinculação de recursos a despesas com educação e saúde). Pois bem, a partir da EC nº 42/2003, passou a constar expressamente do art. 167, IV, a autorização para vinculação de receita de impostos às atividades da Administração Tributária, possibilitando que se assegure, efetivamente, a prioridade de recursos prevista no inciso XXII do art. 37 em comento.

- c) As Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. Observe-se que essa parte do dispositivo menciona não só a permuta entre os fiscos de informações cadastrais, mas, também – e isso é o mais importante –, de informações protegidas por sigilo fiscal (segundo o texto, “informações fiscais”). A norma é, ademais, imperativa (“**atuarão** de forma integrada”), impondo um verdadeiro poder-dever aos fiscos das diversas pessoas políticas, e não uma mera faculdade. Norma semelhante existe, há muito, em nosso Código Tributário Nacional, em seu art. 199⁹, abrangendo, igualmente, a permuta, entre os fiscos, de informações protegidas por sigilo fiscal, conforme previsto em lei ou convênio. A vantagem de arvorá-la em preceito constitucional está em reforçar sua legitimidade e inibir eventuais decisões judiciais contrárias a essa troca de informações.

1.6. **Vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicos**

Os incisos XVI e XVII do art. 37 trazem mais uma regra moralizante, atinente à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicos pelos agentes da Administração. A regra geral é a vedação à acumulação. Assim, somente nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional será ela lícita, mesmo assim, quando houver compatibilidade de horários.

A redação dos incisos XVI e XVII foi alterada pela EC nº 19/1998, com o principal objetivo de explicitar a aplicabilidade do teto constitucional de remuneração, estabelecido no inciso XI deste art. 37, aos casos de acumulação lícita e de estender a proibição de acumulação às subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista e a qualquer empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Posteriormente, a redação da alínea “c” do inciso XVI foi alterada pela EC nº 34, de 13 de dezembro de 2001, para ampliar as hipóteses de acumulação lícita. Pela redação original

⁹ “Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.”

da Constituição de 1988, profissionais de saúde que não fossem médicos ocupando cargos privativos de médico não estavam contemplados com a permissão para acumulação. Portanto, antes da EC nº 34/2001, enfermeiros, dentistas, técnicos em radiologia e outros profissionais de saúde com profissões regulamentadas somente podiam ocupar **um** cargo, emprego ou função pública, sendo-lhes vedada a acumulação. Tratava-se de uma discriminação totalmente gratuita: cargos privativos de médicos eram acumuláveis e os de nenhum outro profissional de saúde o eram. Considerando que esses profissionais, na esfera pública, trabalham em condições muito semelhantes, inclusive no que respeita à carga horária e às remunerações – via de regra aviltantes – não era possível vislumbrar o critério que teria levado o constituinte originário a estabelecer essa distinção, somente possibilitando aos médicos a acumulação. A EC nº 34/2001 veio corrigir essa aberração, embora com um ligeiro retardo de 13 anos!

É a seguinte a redação atual dos dispositivos:

“XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”

O primeiro ponto a observar é a existência, no texto constitucional, de outras hipóteses em que é lícita a acumulação remunerada, a saber:

- 1) a permissão de acumulação para os vereadores, prevista no art. 38, III;
- 2) a permissão para os juizes exercerem o magistério, conforme o art. 95, parágrafo único, inciso I;
- 3) a permissão para os membros do Ministério Público exercerem o magistério, estabelecida no art. 128, § 5º, II, “d”.

O art. 17, § 2º, do ADCT, que assegurava o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde aos servidores e

empregados públicos da Administração Direta ou Indireta que os estivessem exercendo na data da promulgação da Constituição de 1988, restou inócuo, uma vez que, após a EC nº 34/2001, tornou-se permitida a acumulação para quaisquer profissionais de saúde com profissão regulamentada, como acima explicado.

A proibição de acumular é a mais ampla possível, abrangendo, salvo as exceções constitucionalmente previstas, qualquer agente público remunerado em qualquer poder ou esfera da Federação (por exemplo, um cargo público municipal com um emprego público estadual, ou um cargo público no Executivo estadual com outro no Judiciário do mesmo ou de outro estado, e assim por diante).

Outro ponto de grande importância diz respeito ao tratamento dado à percepção simultânea de remuneração e de proventos de aposentadoria.

A Emenda Constitucional nº 20/1998, que implementou a primeira “reforma da previdência”, acrescentou o § 10 ao art. 37 da Constituição, com a seguinte redação:

“§ 10 É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

Cabe enfatizar que escapam dessa proibição de acumulação os proventos relativos a cargos que seriam acumuláveis, se o servidor estivesse em atividade.

Exemplificando, se Fulano é dentista aposentado pelo regime de seguridade dos servidores públicos e é aprovado em concurso público para um cargo de dentista, poderá receber a remuneração do cargo e continuar recebendo seus proventos relativos ao cargo anterior de dentista em que se aposentou. O mesmo é válido para a hipótese de dois proventos de cargos acumuláveis (art. 40, § 6º), como, por exemplo, a acumulação de proventos relativos a cargos de professor exercidos em duas escolas públicas distintas.

Escapam, também, à vedação o exercício de cargos em comissão (o servidor comissionado pode acumular a remuneração do cargo com proventos de aposentadoria) e a acumulação de remuneração ou proventos atinentes a cargos eletivos.

Não se enquadram na proibição de acumulação de proventos com remuneração os proventos recebidos em decorrência de aposentadoria obtida pelo regime geral de previdência (RGPS), de que trata o art. 201 da Constituição.

Ainda, vale registrar que o art. 11 da EC nº 20/1998 criou uma regra de transição excluindo desta vedação estabelecida no § 10 do art. 37 da Carta Magna aqueles que, já sendo aposentados, houvessem, até a data da publicação da referida emenda, ingressado novamente no serviço público mediante concurso público, contanto que respeitado o teto constitucional previsto no inciso XI do art. 37. A esses servidores aplica-se, entretanto, a proibição de acumulação de proventos de aposentadorias do regime próprio de previdência dos servidores públicos estatutários (RPPS), prevista no art. 40, § 6º, da Constituição.

Questão interessante concerne à possibilidade de o aposentado renunciar aos proventos de aposentadoria para poder ingressar em cargo público para o qual tenha prestado concurso. Não existe regra expressa a respeito, mas parece válido, por aplicação do próprio princípio da razoabilidade, o entendimento de que a renúncia, pelo servidor, aos proventos de aposentadoria, afasta a aplicação dos dispositivos que proíbem a percepção simultânea de proventos de aposentadoria e de remuneração de cargo, emprego ou função públicos.

Portanto, a renúncia aos proventos descaracterizaria como ilícita a percepção de remuneração de cargo, emprego ou função públicos, uma vez que não estará havendo acumulação remunerada, ou seja, não estará o servidor enquadrado na hipótese do § 10 do art. 37 da Constituição.

É interessante registrar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, portanto passível de renúncia (a ação discutia a possibilidade de renúncia à própria aposentadoria, e não apenas à percepção de proventos). Além disso, asseverou que a renúncia à aposentadoria tem efeito prospectivo (*ex nunc*), por isso, não gera o dever de devolver os valores dos proventos já recebidos, que têm natureza alimentar e, quando foram pagos, eram efetivamente devidos (REsp/MG, rel. Min. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, 13.11.2007). Não se trata de uma decisão isolada, porquanto, nesse mesmo julgado, deixou assente o Superior Tribunal de Justiça ser essa a jurisprudência das Turmas que compõem a sua Terceira Seção.

Vale, ainda, enfatizar que, a partir das EC nº 19/1998 e 20/1998, qualquer acumulação lícita, seja de remunerações, de provento com remuneração, ou de proventos, passou a estar expressamente submetida ao teto constitucional estabelecido no inciso XI do art. 37, ou seja, o somatório dos estípidios não poderá ultrapassar os limites (teto e subtetos) previstos nesse dispositivo.

Por último, é relevante conhecer as regras relativas à acumulação constantes da Lei nº 8.112/1990, não sendo excessivo lembrar que são dispositivos especificamente aplicáveis aos servidores públicos estatutários, ocupantes de cargos, da Administração Direta, autarquias e fundações federais:

“Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a empregos e funções em Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo Poder Público.

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade.

Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica.

Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular lícitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos.”

2. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS

O art. 38 da Constituição de 1988 trata especificamente de situações relacionadas à acumulação de cargos e remunerações de servidores públicos das Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas, eleitos para o exercício de mandatos nos Poderes Executivo ou Legislativo. As regras encontram-se enumeradas nos 5 incisos do art. 38 e são todas de fácil compreensão, como a seguir expomos:

- a) O servidor público que seja eleito para qualquer cargo, do Executivo ou do Legislativo, **federal**, **estadual** ou **distrital** (Presidente da República, Governador de Estado ou do DF, deputado federal, deputado estadual ou

distrital) será, obrigatoriamente, afastado do seu cargo (efetivo ou comissionado), emprego ou função públicos. A remuneração percebida será, obrigatoriamente, a do cargo eletivo.

- b) O servidor público investido no mandato de **prefeito** será, obrigatoriamente, afastado de seu cargo, emprego ou função públicos. Neste caso, o servidor poderá optar entre a remuneração do cargo de prefeito e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.
- c) O servidor eleito para o cargo de **vereador** poderá, caso haja compatibilidade de horários, acumular o exercício da vereança com o de seu cargo, emprego ou função públicos. Nessa hipótese, o servidor receberá as duas remunerações; a de vereador e a de seu outro cargo, emprego ou função públicos, obedecidos, evidentemente, os limites de remuneração do anteriormente comentado inciso XI do art. 37 da Constituição. Não existindo compatibilidade de horários, o servidor será afastado de seu cargo, exercendo apenas o de vereador; poderá, entretanto, optar entre a remuneração de vereador e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.

Finalizando, o art. 38 determina que, nas hipóteses em que seja exigido o afastamento do servidor, seu tempo de exercício no mandato eletivo seja contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (conta-se, portanto, para efeito de promoção por antigüidade, ou por tempo de serviço, no cargo, emprego ou função de que foi afastado). O tempo de afastamento é contado, também, para efeito de cálculo de benefício previdenciário do servidor como se ele em efetivo exercício estivesse.

3. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICAS RELATIVAS AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Os arts. 39, 40 e 41 da Constituição trazem disposições especificamente aplicáveis aos servidores públicos. Do art. 40 cuidaremos a seguir, pois ele traça as diretrizes fundamentais do regime previdenciário dos servidores públicos estatutários.

O art. 39 foi quase completamente alterado pela EC nº 19/1998. Trataremos, a seguir, dos principais dispositivos e das mais importantes alterações havidas nesse artigo.

3.1. O regime jurídico único e a extinção de sua obrigatoriedade pela EC nº 19/1998

O *caput* do art. 39 da Constituição, originariamente, estabelecia a obrigatoriedade de adoção, por parte de cada ente da Federação, de **um só** regime

jurídico aplicável a todos os servidores integrantes de suas Administrações Direta, autárquica e fundacional (e também tornava obrigatória a instituição de planos de carreira para esses servidores).

Portanto, antes da EC nº 19/1998, cada município, cada estado-membro, o Distrito Federal e a União tinham, teoricamente, a liberdade de estabelecer o regime jurídico a que estariam submetidos os agentes públicos de suas Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas, desde que esse regime jurídico fosse **unificado** para todos os servidores desses órgãos e entidades de cada pessoa política.

A redação original do art. 39, assim, afirmava:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

A palavra “servidores” foi usada no dispositivo constitucional acima transcrito em sentido amplo, o que, aliás, é bastante freqüente. Em sentido amplo, a expressão “servidor público” abrange tanto os titulares de cargos públicos (regime estatutário) quanto os ocupantes de empregos públicos (regime contratual, trabalhista).

Deve-se atentar para o fato de que não há referência ao regime jurídico que deveria ser adotado. Não era, portanto, obrigatória, em tese, a adoção de regime jurídico estatutário (legal, não contratual) para os agentes públicos das Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas dos diversos entes federados. O texto, explicitamente, apenas impõe a unificação de regimes, eliminando a coexistência, na mesma Administração, de servidores sujeitos a relações jurídicas diversas quanto a seus vínculos funcionais. Era possível, assim, que determinado ente da Federação optasse por um regime de natureza tipicamente estatutária, ou então pelo regime contratual, celetista, ou até mesmo por um regime misto, que se mostrasse, no seu entendimento, mais adequado ao exercício de atribuições públicas.

Com fulcro na redação originária do *caput* do art. 39 da Constituição, acima reproduzido, a União editou a Lei nº 8.112/1990, que instituiu o regime jurídico único (RJU) dos servidores públicos da União (Administração Direta), das autarquias e das fundações públicas federais. A União optou pela adoção de regime jurídico estatutário, típico de direito público, para disciplinar o vínculo funcional entre seus servidores e os referidos órgãos e entidades administrativos. Por isso, os empregos públicos que antes existiam na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações públicas federais

foram transformados em cargos públicos, na data de publicação da Lei nº 8.112/1990 (art. 243, § 1º).

Entendeu o legislador, com amplo respaldo da doutrina, que o regime estatutário mostra-se mais adequado para reger as relações funcionais dos agentes públicos da Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais, uma vez que esses órgãos e entidades não se coadunam com organização tipicamente empresarial, o que resultaria em inconvenientes se fosse adotado vínculo de natureza contratual com seus agentes. Além disso, o poder de polícia e outras prerrogativas públicas fundadas no poder de império só podem ser exercidos, na maior parte das vezes, por agentes públicos estatutários, porquanto o ordenamento jurídico confere ao regime estatutário instrumentos que possibilitam a atuação imparcial frente a grupos ou mesmo indivíduos detentores do poder político e econômico.

O regime estatutário é próprio das pessoas de direito público. A nomeação do servidor é um ato unilateral que se destina a efetivar a sua inserção no âmbito do regime jurídico preexistente. Na relação jurídica estatutária a manifestação de vontade do servidor só é necessária para a formação do vínculo; essa manifestação de vontade consubstancia-se no momento da posse no cargo para o qual o servidor foi nomeado (a posse enquadra-se, segundo a tradicional classificação de Duguit, como **ato-condição**).

Pois bem, a **EC nº 19/1998 alterou o caput do art. 39 da Constituição com o fito de eliminar a obrigatoriedade de adoção, pelas pessoas políticas, de um regime jurídico unificado** para seus agentes atuantes na Administração Direta, autarquias e fundações públicas (eliminou, também a referência expressa à obrigatoriedade de instituição de planos de carreira). A redação do *caput* desse artigo passou a ser a seguinte:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

Pode-se notar que a EC nº 19/1998 não revogou nem prejudicou as disposições da Lei nº 8.112/1990 (na esfera federal). Simplesmente, passou a ser possível a existência de agentes públicos sujeitos a mais de um regime jurídico na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações públicas de cada um dos entes da Federação. Em razão de haver a EC nº 19/1998 criado essa possibilidade, a União editou a Lei nº 9.962/2000, prevendo a contratação de empregados públicos na Administração Direta, autárquica e fundacional federal, conforme será exposto adiante, em tópico específico.

Sem embargo do precedentemente exposto, é **muito relevante registrar** que a modificação do *caput* do art. 39, perpetrada pela EC nº 19/1998, **teve sua eficácia suspensa**, pelo Supremo Tribunal Federal, **a partir de agosto de 2007**, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal (na tramitação da emenda, a Câmara dos Deputados não observou o processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2º, da Constituição, especificamente quanto ao *caput* do art. 39, que não foi submetido a aprovação em dois turnos).

Por essa razão, no julgamento da ADI 2.135/DF, em 2 de agosto de 2007, o STF **deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 19/1998**. Na oportunidade, esclareceu a Corte Suprema, expressamente, que **a decisão terá efeitos prospectivos (*ex nunc*)**, isto é, **toda a legislação editada durante a vigência do art. 39, caput, com a redação dada pela EC nº 19/1998, continua válida**. Não obstante, deve ficar claro que, a partir dessa decisão, **voltou a vigorar a redação original do caput do art. 39 da Constituição**, transcrito acima, que exige sejam admitidos sob um único regime jurídico os agentes públicos da Administração Direta, autarquias e fundações públicas de cada um dos entes federados.

3.2. O regime de emprego público na Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, foi modificada a redação do *caput* do art. 39 da Constituição, tendo como principal consequência a extinção da obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único, prevista na redação originária desse dispositivo constitucional, para os agentes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas dos diferentes entes federados.

Em razão dessa alteração, a União editou a Lei nº 9.962/2000, disciplinando a contratação de pessoal na Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais pelo regime de emprego público.

Cabe lembrar que, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do *caput* do art. 39 da Constituição dada pela EC nº 19/1998, e restaurada a redação original desse dispositivo. Consoante já mencionamos, não obstante o decidido liminarmente na ADI 2.135/DF, permanece válida a Lei nº 9.962/2000, sendo ela aplicável ao pessoal eventualmente contratado, antes de 02.08.2007, sob regime de **emprego público**, pela Administração Direta, autárquica e fundacional federal, porquanto são prospectivos (*ex nunc*) os efeitos dessa decisão da Corte Suprema. Por essa razão, pensamos ser útil, ainda hoje, conhecermos as linhas gerais da Lei nº 9.962/2000.

Expressamente, estabelece a Lei nº 9.962/2000 que o pessoal admitido para emprego público na Administração Direta, autárquica e fundacional federal tem sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A lei excepciona os cargos públicos em comissão, que nunca puderam ser providos segundo suas disposições (sempre foram estatutários). Resguardava, também, os servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/1990 que já integrassem a Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais na data da publicação das leis que viessem a criar e disciplinar contratações sob regime de emprego público (celetista) nesses órgãos e entidades.

O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.962/2000 autorizava leis específicas a transformarem cargos existentes na Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais em empregos públicos. A partir da decisão proferida pelo STF na ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, não mais podem ser editadas leis federais transformando cargos em empregos públicos na Administração Direta, autarquias e fundações públicas federais.

O art. 2º da Lei nº 9.962/2000 exigia concurso público de provas ou de provas e títulos prévio à contratação para emprego público, conforme a natureza e a complexidade do emprego. É bem verdade que a lei não poderia, de modo nenhum, dispor diferentemente, já que a Constituição de 1988 sempre exigiu concurso público prévio para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Tanto assim que a contratação de pessoal para as empresas públicas e sociedades de economia mista, embora obrigatoriamente feita pelo regime celetista, sempre teve que ser, e continua sendo, precedida de concurso público.

Por fim, as hipóteses de dispensa dos empregados públicos eventualmente contratados com base na Lei nº 9.962/2000 são mais restritas do que as possibilidades de dispensa dos trabalhadores celetistas em geral. Com efeito, as **únicas** hipóteses de rescisão unilateral dos contratos de trabalho desses empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962/2000 são as estabelecidas no seu art. 3º, o qual, deve-se frisar, **não** prevê possibilidade ampla de dispensa, não autoriza a mera dispensa por conveniência do empregador. É a seguinte a sua redação:

“Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.”

3.3. Planos de carreira e sistema remuneratório dos servidores públicos

O *caput* do art. 39 exigia, antes da EC nº 19/1998, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituíssem **planos de carreira** para os servidores de suas Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas.

A EC nº 19/1998 retirou do texto constitucional a exigência expressa de instituição de planos de carreira para os servidores públicos. O *caput* do art. 39 passou somente a exigir dos entes federados a instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, integrados por servidores designados pelos respectivos poderes. Esses conselhos deveriam participar – embora o texto constitucional não defina de que forma e até que ponto a participação é obrigatória – da definição das políticas relacionadas às carreiras e às remunerações dos servidores públicos.

Consoante vimos anteriormente, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do *caput* do art. 39 da Constituição dada pela EC nº 19/1998, e restaurada a redação original desse dispositivo. Sendo assim, hoje, temos novamente a exigência **expressa** de instituição pelos diversos entes federados de **planos de carreira** para os servidores de suas respectivas Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas.

Convém enfatizar que somente o *caput* do art. 39 foi objeto da referida decisão da Corte Suprema, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal, qual seja, inobservância do processo legislativo estabelecido no art. 60, § 2º, da Constituição. Todos os demais parágrafos do art. 39 permanecem com a redação que lhes deu a EC nº 19/1998, sem qualquer ressalva.

O vigente parágrafo 1º do art. 39 da Constituição exige que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório, pelo legislador de cada ente federado, observe a natureza, o grau

de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira, os requisitos para a investidura, e as peculiaridades dos cargos. São disposições, a nosso ver, tão genéricas, vagas, indeterminadas, que pouco ou quase nada orientam e, sobretudo, dificultam bastante o controle, inclusive pelo Poder Judiciário, dessa atividade do legislador ordinário dos diversos entes federados.

O atual parágrafo 2º do art. 39, nitidamente inspirado no princípio da eficiência, base da idéia de administração gerencial, exige que cada um dos entes federados mantenha escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. A participação dos servidores nos cursos de aperfeiçoamento promovidos por tais escolas será um dos requisitos para a **promoção** na carreira. Poderão ser celebrados convênios ou contratos entre os entes federados a fim de possibilitar a colaboração mútua e o aproveitamento racional das instituições já existentes ou que venham a ser criadas.

Ainda na mesma esteira, o parágrafo 7º do art. 39 prevê que lei de cada ente federado discipline a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público. Possibilita, ainda, o pagamento de adicionais ou prêmios de produtividade com a utilização desses recursos orçamentários economizados em cada órgão ou entidade.

Trata-se de regra salutar, uma vez que possibilita sejam estimuladas iniciativas internas de redução de despesas e de aumento de produtividade nos diversos órgãos e entidades, diferentemente do que costuma se verificar atualmente. De qualquer forma, será necessária a edição de lei, por parte de cada ente federado, que estabeleça o modo como ocorrerão tais incentivos.

Observa-se, portanto, que, embora a EC nº 19/1998 tenha suprimido do *caput* do art. 39 a expressa menção à obrigatoriedade de criação de planos de carreira, as disposições por ela mesma introduzidas nesse artigo traduzem o nítido intuito de promover a profissionalização e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Da mesma forma, ao tratar de assuntos como padrões de vencimento e promoção na carreira, o texto constitucional deixa clara a necessidade de existência de planos de carreira (sem os quais não faz sentido falar em promoções ou em padrões de vencimento). Seja como for, qualquer dúvida que pudesse existir ficou superada com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, porquanto foi restabelecida a redação originária do *caput* do art. 39 da Constituição, voltando a exigência **expressa** de instituição pelos diversos entes federados de **planos de carreira** para os servidores de suas respectivas Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas.

Merece um comentário, por fim, o fato de a EC nº 19/1998 haver suprimido a regra anteriormente constante do § 1º do art. 39, que estipulava fosse assegurado, pela lei, aos servidores da Administração Direta, **isonomia de vencimentos** para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho. Embora não exista mais essa regra expressa impondo a isonomia de vencimentos desses servidores, devemos lembrar que o princípio genérico da isonomia é garantia constitucional fundamental de nosso ordenamento, corolário natural do princípio republicano, estando plasmado em diversos preceitos da Constituição, especialmente em seu art. 5º. Além disso, ao determinar, no vigente § 1º do art. 39, que a fixação da remuneração dos servidores públicos obedeça à natureza e à complexidade dos cargos por eles ocupados, a EC nº 19/1998 de certo modo reafirmou o princípio da isonomia (utilizando fórmula bastante mais vaga, é bem verdade).

De todo modo, consideramos inconstitucional o estabelecimento discriminatório ou arbitrário de remunerações diferenciadas entre servidores públicos, bem como o desrespeito à necessária correlação entre o valor da remuneração e o grau de complexidade e de responsabilidade do cargo do servidor. Da mesma forma, entendemos atentatória ao princípio da isonomia a existência de servidores de uma mesma esfera da Federação percebendo remunerações discrepantes pelo exercício de funções similares umas às outras.

Em resumo, embora retirada do art. 39 a regra expressa relativa à isonomia de vencimentos dos servidores públicos, esta permanece, a nosso ver, como uma garantia constitucional inafastável, em razão do disposto no próprio art. 39, com sua nova redação, e de muitos outros preceitos espalhados pelo texto constitucional.

3.4. Direitos e garantias dos trabalhadores em geral aplicáveis aos servidores públicos

O § 3º do art. 39 faz remissão a uma série de garantias e direitos fundamentais dos trabalhadores em geral aplicáveis, também, aos servidores públicos. Com a EC nº 19/1998 este § 3º foi um pouco alterado, conforme comentaremos adiante.

Os direitos assegurados aos servidores públicos pelo § 3º do art. 39 encontram-se enumerados em alguns dos incisos do art. 7º da CF/1988. São eles:

- a) salário mínimo;
- b) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

- c) décimo terceiro;
- d) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- e) salário-família;
- f) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais;
- g) repouso semanal remunerado;
- h) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- i) férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que a remuneração normal;
- j) licença à gestante com duração de cento e vinte dias;
- k) licença-paternidade;
- l) proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- m) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- n) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

As principais alterações introduzidas ao § 3º do art. 39 pela EC nº 19/1998 foram:

- (1) a supressão da referência ao inciso IV do art. 7º, que trata da irredutibilidade do salário dos trabalhadores em geral, uma vez que já existe regra específica, no art. 37, XV, assecuratória da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos;
- (2) a supressão da referência ao inciso XXIII do art. 7º, que garante aos trabalhadores em geral “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. Portanto, para os servidores públicos não há um direito constitucionalmente assegurado a esses adicionais, muito embora não exista óbice a que o legislador os conceda, como o faz, na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990; e
- (3) autorização para que a lei estabeleça requisitos diferenciados de admissão aos cargos públicos, quando a natureza do cargo assim exija, isto é, quando haja razoabilidade para a discriminação. Seria exemplo a realização de concurso público para a contratação de servidora para ocupar o cargo de agente carcerária numa penitenciária de mulheres. Trata-se, essa ressalva, de uma suavização da regra citada no item “n” acima, vedatória do estabelecimento de diferenças nos critérios de admissão de servidores públicos. Evidentemente, diferenças puramente discriminató-

rias serão sempre inconstitucionais, sendo mesmo desnecessária regra que explicita essa obviedade.

O item “a”, acima, merece um comentário. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que a Constituição garante ao servidor público o direito ao salário mínimo, nacionalmente unificado, conforme assegurado aos trabalhadores (CF, art. 39, § 3º), mas que, para o fim de obediência ao postulado constitucional, há que se observar a **remuneração** do servidor, e **não** o seu **vencimento básico**. Vale dizer, **não** há necessidade de que o vencimento básico corresponda ao salário mínimo; basta que a remuneração do servidor (vencimento básico + vantagens permanentes) perfaça o valor do salário mínimo.

É o seguinte o teor da orientação do STF sobre o assunto: “para efeito da garantia ao salário mínimo a que se refere o art. 7º, IV, da CF, é de se considerar a remuneração total do servidor e não o vencimento básico” (RE-299075).

3.5. Remuneração por subsídio

O **subsídio** é uma inovação introduzida em nosso ordenamento pela reforma administrativa. Caracteriza-se por ser um estipêndio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. É modalidade de remuneração (em sentido amplo) de aplicação:

1. **obrigatória** para os agentes políticos: Chefes dos Executivos, Deputados, Senadores, Vereadores, Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, membros da Magistratura, membros do Ministério Público, Ministros dos Tribunais de Contas etc.
2. **obrigatória** para alguns servidores públicos: os servidores das carreiras pertencentes à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, às Procuradorias dos Estados e do DF e os servidores da Polícia Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.
3. **facultativa** para os servidores públicos organizados em carreira: desde que assim disponham as leis federais, estaduais, municipais ou do DF, conforme a carreira de que se trate.

3.6. Estabilidade

A estabilidade é instituto há muito existente em nosso ordenamento, tendo como finalidade principal assegurar aos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo uma expectativa de permanência no serviço público, desde que adequadamente cumpridas suas atribuições.

A preocupação que justificou a criação do instituto, e sua elevação a patamar constitucional, é possibilitar que os servidores públicos resistam a ingerências de natureza política, ou pressões de grupos econômicos, visando à obtenção de privilégios e favorecimentos de toda ordem, em síntese, evitar que os servidores públicos, no exercício de suas atribuições, sejam coagidos, de qualquer forma, a atuar em desacordo com o princípio da impessoalidade, em evidente detrimento do interesse público.

É incontroverso que servidores nomeados com base em critérios políticos para cargos de livre exoneração são extremamente vulneráveis a toda sorte de pressões, agindo, para o bem e para o mal, praticamente a mando daqueles que têm poder para nomeá-los ou exonará-los.

Outro motivo importante para explicar a existência da estabilidade é a necessidade de profissionalização dos quadros funcionais do serviço público, o que se torna inviável se, a cada mudança de governo, puderem ser promovidas nos cargos de natureza técnico-profissional (não-política) as famosas “degolas”, com a substituição geral dos apadrinhados da administração anterior pelos apadrinhados da vez.

A Constituição de 1988 tratou da estabilidade em seu art. 41.

Pelo **texto originário** (antes da EC nº 19/1998) a estabilidade foi conferida aos servidores nomeados em virtude de concurso público após dois anos de efetivo exercício e, uma vez adquirida a estabilidade, não existia qualquer hipótese de **exoneração** do servidor por iniciativa da Administração (exoneração é o rompimento do vínculo entre o servidor e a Administração **sem caráter punitivo**). As únicas hipóteses de perda do cargo do servidor eram as decorrentes de infração disciplinar grave, tipificada em lei e apurada em processo administrativo disciplinar, assegurada a ampla defesa, ou o trânsito em julgado de sentença judicial.

A partir da EC nº 19/1998, a estabilidade passou a ser conferida somente após **três anos** de efetivo exercício. Embora o *caput* do art. 41 da Constituição, com a redação dada pela referida emenda, tenha passado a explicitar que somente os servidores titulares de **cargos de provimento efetivo** nomeados em virtude de concurso público podem adquirir estabilidade, sempre foi entendimento da doutrina e da jurisprudência que o exercício de **cargos em comissão** não gera direito a estabilidade. Não há controvérsia relevante, tampouco, quanto à não aquisição de estabilidade pelos ocupantes de empregos públicos (regime contratual, celetista) nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Já o exercício de empregos públicos na Administração Direta, autarquias e fundações públicas, de qualquer ente federado, enseja divergências de monta. Em que pese a inexistência de consenso, nossa opinião – que julgamos majoritária entre os administrativistas – é que **empregados públicos** não adquirem direito à estabilidade de que trata o art.

41 da Constituição, estejam na Administração Direta, estejam em qualquer entidade da Administração Indireta de qualquer ente da Federação. Pensamos que a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição é instituto **próprio de regime jurídico de direito público**, e empregados públicos, seja qual for o órgão ou entidade a que pertençam, têm seu vínculo funcional com a Administração Pública regido predominantemente pelo direito privado.

A partir da EC nº 19/1998, foi acrescentado o § 4º ao art. 41 da Constituição, passando a ser condição para a aquisição da estabilidade a aprovação do servidor em uma avaliação especial de desempenho feita por comissão instituída para esse fim.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que é pressuposto dessa avaliação especial de desempenho o **efetivo exercício** do cargo, não se computando períodos de afastamento. No dizer da referida Corte, “quando, dentro do período de três anos, a avaliação de desempenho do servidor (art. 41 da CF/1988, com a redação dada pela EC nº 19/1998) for impossibilitada em razão de afastamentos pessoais, esse prazo deverá ser prorrogado pelo mesmo lapso de tempo em que perdurar o afastamento ou licença, de modo a permitir a referida avaliação, pois o efetivo exercício da função é-lhe condição. Mostra-se, portanto, impossível aproveitar aqueles períodos de licença ou afastamento” (RMS 19.884/DF, rel. Min. Felix Fischer, 08.11.2007).

A partir do acréscimo desse § 4º ao art. 41 da Carta da República, pela EC nº 19/1998, podemos afirmar que não existe mais no Brasil a possibilidade de aquisição de estabilidade por mero decurso de prazo, como anteriormente era a regra. Vale dizer, o fato de o servidor ter completado o período exigido para a aquisição da estabilidade não o torna automaticamente estável; a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade passa a ser condição cumulativa, imprescindível para a aquisição dessa garantia.

Saliente-se que, mesmo para os servidores que já estavam em exercício na data da promulgação da EC nº 19/1998, a avaliação de desempenho, nos termos do § 4º do art. 41 da Constituição, passou a ser condição indispensável para a aquisição da estabilidade, por força do expressamente disposto no art. 28 da aludida emenda constitucional.

Em resumo, a partir da EC nº 19/1998, passaram a ser requisitos concomitantes, cumulativos, para aquisição de estabilidade:

- a) concurso público;
- b) cargo público de provimento efetivo;
- c) três anos de efetivo exercício;

- d) aprovação em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A respeito da **perda do cargo**, a partir da EC nº 19/1998, verifica-se que passam a ser quatro as hipóteses de rompimento não voluntário do vínculo funcional do **servidor já estável**:

- a) sentença judicial transitada em julgado;
- b) processo administrativo com ampla defesa;
- c) insuficiência de desempenho, verificada mediante avaliação periódica, na forma de **lei complementar**, assegurada ampla defesa;
- d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4º.

Antes de analisarmos as hipóteses acima, cumpre fazermos uma distinção terminológica:

- a) **demissão** é a perda do cargo por falta grave ou como efeito de sentença penal condenatória, vale dizer, demissão sempre tem caráter punitivo (não existe, tecnicamente, como às vezes ouvimos falar, a figura da “demissão a pedido” do próprio servidor);
- b) **exoneração** é perda de cargo público nos demais casos; atualmente já não podemos afirmar com precisão que a exoneração não possua nenhum caráter punitivo, pois a perda do cargo por insuficiência de desempenho é hipótese de exoneração e, sem dúvida, tem algum caráter punitivo, tanto assim que é assegurada ao servidor ampla defesa.

Voltando às hipóteses de perda do cargo por servidor estável, verificamos que as duas primeiras já constavam do texto original da Constituição. As novidades são os casos de exoneração por insuficiência de desempenho e por excesso de gastos com pessoal (esta última, evidentemente, não possui nenhum caráter punitivo).

A exoneração por insuficiência de desempenho depende de **lei complementar**. Nessa hipótese, é tão evidente que há algum caráter punitivo que o próprio texto constitucional assegura ampla defesa ao servidor (lembremos que a Constituição, em seu art. 5º, LV, dispõe 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).

Já a exoneração do servidor estável por excesso de despesa com pessoal encontra-se prevista no art. 169, § 4º, da Carta Política, e está disciplinada na Lei nº 9.801/1999.

Prevê o texto atual da Constituição que, se após a adoção de medidas de saneamento das despesas com pessoal ativo e inativo, estas permanecerem acima dos limites estabelecidos em lei complementar, o servidor estável poderá perder o cargo (atualmente tais limites estão previstos no art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 – conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal” – e são de 50% da receita corrente líquida para a União e de 60% da receita corrente líquida para os estados, DF e municípios).

O § 3º do art. 169 da Constituição, incluído pela EC nº 19/1998, estabelece como medidas obrigatórias a serem adotadas visando à adequação de despesas aos limites fixados na lei complementar:

- a) a redução, em pelo menos vinte por cento, das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- b) a exoneração dos servidores não estáveis.

Somente se essas duas medidas não forem suficientes para assegurar a adequação das despesas aos limites fixados na lei complementar poderá, então, **o servidor estável perder o cargo**, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4º).

Conceder-se-á ao servidor exonerado uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço e torna-se obrigatória a extinção do cargo por ele ocupado, vedando-se a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, §§ 5º e 6º).

Finalizando, podemos frisar que é **incorreta** a noção, muitas vezes difundida, de que a Emenda nº 19/1998 **extinguiu a estabilidade**. O que houve foi uma flexibilização do instituto. Nosso ordenamento continua albergando essa importante figura, embora, atualmente, as garantias dela decorrentes estejam sensivelmente atenuadas.

4. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição trata, em seu art. 40, do regime de previdência social aplicável aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as respectivas autarquias e fundações.

O regime de previdência a que estão submetidos esses servidores públicos é diferente do regime geral, a que estão sujeitos os demais trabalhadores, não só os da iniciativa privada regidos pela CLT, autônomos e outros, mas

também os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, cargo temporário e emprego público.

O regime de previdência próprio dos servidores estatutários já foi profundamente alterado, por duas vezes, desde a promulgação da Carta de 1988, mediante emendas constitucionais que ficaram conhecidas como “reformas” da previdência social. A primeira dessas “reformas” operou-se por meio da Emenda Constitucional nº 20/1998, a qual modificou significativamente não só o regime próprio, mas também o regime geral de previdência social (RGPS). A segunda “reforma”, cujo instrumento foi a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 (publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2003), concentrou-se quase exclusivamente no regime próprio dos servidores públicos estatutários.

Pequenas modificações foram novamente operadas em 2005, por meio da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, resultante da aprovação parcial de uma proposta de emenda constitucional (PEC), conhecida como “PEC Paralela”, atenuando algumas das perdas de direitos previdenciários que os servidores públicos tiveram com a EC nº 41/2003.

É importante destacar que nenhuma dessas “reformas” realizou a tão propagada unificação dos regimes de previdência social. Continuam existindo, no Brasil, dois regimes distintos de previdência, um aplicável aos servidores públicos estatutários, usualmente designado regime próprio (RPPS) ou peculiar, e outro aplicável aos demais trabalhadores, dito, por isso, regime geral (RGPS).

O regime geral de previdência social está disciplinado no art. 201 da Constituição e, como acima mencionado, não sofreu alteração significativa com a reforma de 2003, salvo o acréscimo de um dispositivo não auto-aplicável (norma de eficácia limitada) determinando a criação, mediante lei, de um “sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda”. Essa norma constava do § 12 do art. 201. Com a EC nº 47/2005, o § 12 do art. 201 foi alterado, e acrescentou-se o § 13 ao mesmo artigo. Suas redações são as seguintes (não comentaremos esses dispositivos porque eles concernem ao RGPS, sem reflexos no âmbito do direito administrativo):

“§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.”

Deve-se notar que o regime geral de previdência aplica-se subsidiariamente aos servidores públicos submetidos ao regime próprio, ou seja, inexistindo preceito específico no regime peculiar aplicável a determinada situação, utilizam-se as disposições do regime geral que dela tratem. Não cuidaremos do RGPS nesta obra.

Conforme afirmado, os dispositivos do art. 40 da Constituição foram bastante alterados com a promulgação da EC nº 20/1998 e, apenas cinco anos depois, com a segunda “reforma” (EC nº 41/2003), as modificações foram ainda mais profundas.

Tanto a reforma de 1998 como a de 2003 propuseram-se, em linhas gerais, a assegurar um relativo equilíbrio financeiro ao sistema. Em 1998 foram estabelecidos limites mínimos de idade para a concessão de aposentadoria, passou-se a exigir um tempo mínimo de efetivo serviço no cargo e no serviço público para obtenção da aposentadoria, o texto constitucional passou a falar, expressamente, em caráter contributivo, com base atuarial, para o sistema etc.

A segunda reforma teve como principais pontos: fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003; estabelecimento de um redutor para as pensões acima de determinado valor; instituição da cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas que recebam proventos acima de certo valor; previsão de regime de previdência complementar com planos de benefícios na modalidade contribuição definida; instituição de regras de transição para os servidores ingressados no serviço público até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003; garantia dos direitos adquiridos dos já aposentados e pensionistas bem como daqueles que, até a data de publicação da emenda, tenham cumprido todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria ou pensão, com base nos critérios da legislação então vigente.

Passaremos a analisar a atual configuração do regime de previdência social aplicável aos servidores públicos civis estatutários (RPPS), já incorporadas as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

Essencialmente, são as abaixo expendidas as características do atual regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargos efetivos das três esferas da Federação (regras aplicáveis aos servidores ingressados no serviço público após a publicação da EC nº 41/2003).

O regime tem caráter **contributivo** e **solidário**. Dessa forma, não importa apenas o tempo de serviço do servidor; para fazer jus à aposentadoria só será computado o tempo de efetiva **contribuição** do beneficiário. É vedado ao legislador estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Devem contribuir para o sistema o **ente público**, os **servidores ativos e inativos** e os **pensionistas** (CF, art. 40, *caput*). As contribuições devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.¹⁰

Foi a EC nº 41/2003 que acrescentou, já no *caput* do art. 40 da Carta Política, a expressa menção à exigência de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, comando depois detalhado no § 18 desse artigo. A obrigação do ente público (União, estado, DF ou município) de contribuir para o respectivo regime, determinação que analisaremos adiante, também foi explicitada somente a partir da segunda reforma da previdência.

Ainda, vale registrar que a referência textual à **solidariedade** do regime próprio de previdência dos servidores públicos civis no *caput* do art. 40 da Constituição foi introduzida pela EC nº 41/2003.¹¹

À primeira vista, é redundante a afirmação de que o sistema é solidário. Isso porque a Constituição de 1988, já em seu texto originário, estabelece a solidariedade como um dos mais importantes princípios orientadores da seguridade social como um todo (o que inclui, evidentemente, os serviços relacionados à previdência social). Com efeito, o *caput* do art. 195 da Lei Maior é peremptório ao asserir que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta”.

Certamente, a repetição do princípio da solidariedade no *caput* do art. 40 teve o intuito de reforçar a legitimidade da exigência de contribuição dos aposentados e pensionistas.

Isso porque os inativos não estarão, em nenhuma hipótese, contribuindo para si mesmos, uma vez que já recebem o benefício previdenciário. Ocorre que, no que respeita às pessoas físicas, sempre foi vista a contribuição previdenciária como um valor que a pessoa entrega a determinado órgão ou entidade visando especificamente a um benefício futuro (prestação previdenciária) para ela própria.

Ora, no caso dos inativos, a contribuição será cobrada essencialmente em benefício dos futuros aposentados do regime próprio de previdência, não deles mesmos. Por esse motivo, a nosso ver, falta a essa contribuição cobrada dos inativos e pensionistas a denominada causa eficiente, ou melhor, a causa eficiente não é eventual prestação previdenciária futura a ser paga à pessoa que contribui (ou a um dependente seu), mas simples aporte de recursos ao sistema visando a possibilitar, em tese, a sua perpetuação (vale

¹⁰ A referência à necessidade de obtenção de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema foi introduzida pela EC nº 20/1998 e permaneceu idêntica com a reforma de 2003.

¹¹ Com a EC nº 20/1998, passou a constar do art. 40, *caput*, o caráter contributivo do regime, evidentemente mantido na segunda reforma, a qual agregou a asserção de que o sistema possui caráter solidário.

notar que, evitando um hipotético colapso, essa contribuição, também teoricamente, beneficiaria todas as pessoas sujeitas ao regime próprio, inclusive os já aposentados e pensionistas).

De toda forma, veremos, ao estudarmos o § 18 do art. 40 da Constituição, que o STF, no julgamento da ADI 3.105/DF e da ADI 3.128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 18.08.2004, considerou constitucional a exigência de contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos, inclusive daqueles que já estavam aposentados, ou eram pensionistas, antes da publicação da EC nº 41/2003.

Pela nova redação do *caput* do art. 40 da Constituição, o ente público – União, estados, Distrito Federal e municípios – deverá obrigatoriamente contribuir para o respectivo regime próprio de previdência de seus servidores estatutários. Essa regra, a nosso ver, terá pouco efeito prático. A contribuição do ente público (do patrocinador do plano de previdência em geral) somente é relevante, ao menos para o beneficiário das futuras prestações previdenciárias, nos regimes de capitalização individual efetiva. Ou seja, somente nos sistemas em que as contribuições do beneficiário são depositadas em conta individual e seus valores são capitalizados para o fim exclusivo de pagamento das futuras prestações de aposentadoria ou pensão. Em tal regime, as contribuições do ente público são, a toda evidência, extremamente relevantes, porquanto comporão o montante acumulado pelo beneficiário durante toda sua vida contributiva; quanto maior esse montante, maior o valor dos proventos de aposentadoria ou pensão a que fará jus esse beneficiário específico.

Ocorre que o sistema de previdência pública atualmente existente no Brasil – tanto o regime geral quanto os regimes próprios – é de repartição simples, ou seja, todos os valores que ingressam no caixa da previdência são utilizados, imediatamente, para pagamento dos benefícios correntes. Não há capitalização de nenhum valor – nem capitalização coletiva, nem capitalização individual. Dessa forma, a contribuição previdenciária do ente público corresponderá, ao fim e ao cabo, a um valor que ele entregará a ele mesmo para pagar os benefícios que teria que pagar com seus próprios recursos orçamentários, os quais, por óbvio, em nada foram acrescidos pela referida contribuição.

De toda forma, essa regra, na esfera federal, foi regulamentada pelo art. 8º da Lei nº 10.887/2004, que assim preceitua:

“Art. 8º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, será o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica.

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.”

Devemos acrescentar, ainda, que, em nossa opinião, essa contribuição dos entes públicos de que trata o *caput* do art. 40 é distinta do valor que o ente público aportará ao regime de previdência complementar que deverá ser criado por lei, previsto nos §§ 14 e 15 desse artigo. A simples leitura do § 14¹² permite concluir que haverá, então, dois regimes: o regime próprio aplicável a todos os servidores civis estatutários (para o qual contribuirá o ente público respectivo) e o regime de previdência complementar, facultativo, instituído por lei de cada ente público (para o qual o ente público também aportará recursos). Detalharemos, adiante, a análise desses dispositivos.

A EC nº 41/2003 cuidou, também, de proibir a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (art. 40, § 20). Essa regra visa a evitar pressões de determinadas categorias para a instituição de sistemas próprios de previdência, obviamente mais favoráveis aos seus integrantes, e até mesmo – o que não seria improvável – manifestações em prol da criação de sistemas segregados para cada Poder (o que inevitavelmente daria origem a sistemas privilegiados, não sendo necessário grande esforço intelectual para inferir que os servidores do Poder Executivo seriam os mais prejudicados nessa hipótese). Cabe observar que o § 20 do art. 40 faz, contudo, ressalva expressa ao regime de previdência dos servidores militares, que deve ser disciplinado em lei própria (CF, art. 142, § 3º, X).

É proibida a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência próprio dos servidores estatutários, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis previstos na Constituição (art. 40, § 6º).

É, outrossim, vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência dos estatutários, ressalvados, nos termos definidos em **leis complementares**, os casos de servidores (art. 40, § 4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005¹³):

¹² CF, art. 40, § 14 – “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.”

¹³ A EC nº 47/2005, de forma análoga, modificou o § 1º do art. 201 da Constituição, que trata do RGPS. A redação do referido dispositivo passou a ser a seguinte: “§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos

- a) portadores de deficiência;
- b) que exerçam atividades de risco;
- c) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Os proventos de aposentadoria serão calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor tanto ao regime próprio quanto, se for o caso, ao regime geral (art. 40, § 3º). A forma de cálculo deverá ser estabelecida em lei.¹⁴

A regra descrita nesse § 3º do art. 40 foi uma das mais importantes alterações trazidas pela EC nº 41/2003. Ela representa o **fim da aposentadoria com proventos integrais**. Os proventos não corresponderão, como antes era possível, ao valor da última remuneração do servidor. Seu valor será uma média calculada com base nas remunerações sobre as quais o servidor

de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

¹⁴ O art. 1º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, dispõe sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos não sujeitos às regras de transição previstas na EC nº 41/2003, ou seja, aos servidores que ingressaram no serviço público depois da publicação dessa emenda, nestes termos:

“Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I – inferiores ao valor do salário-mínimo;

II – superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o *caput* deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.”

contribuiu ao longo de sua vida profissional (cabe à lei determinar quantos anos serão considerados para calcular essa média; atualmente, as regras para o cálculo estão estabelecidas na Lei nº 10.887/2004).

Complementando essa importante disposição, o § 17 do artigo constitucional em comento estabelece que todos os valores de remuneração considerados para o cálculo dos proventos serão devidamente atualizados, na forma da lei. É evidente que, sem essa atualização, a média das remunerações poderia assumir valores extremamente baixos, especialmente se fossem levados em conta anos de inflação elevada, o que redundaria em aviltamento dos valores dos proventos. Trata-se, entretanto, de mais uma regra dependente de regulamentação legal (a esse respeito, dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.887/2004: “As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.”).

Cabe observar que, não obstante o fim da aposentadoria com proventos integrais para os servidores que ingressarem no serviço público depois da EC nº 41/2003, foi mantida no texto constitucional a vedação inscrita no § 2º do art. 40, segundo a qual “os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”. Embora pareça ter perdido o sentido, essa proibição poderá ser aplicável, a depender do critério de atualização adotado pela lei exigida no § 17 do art. 40, tratado no parágrafo anterior. Com efeito, nos últimos anos, os servidores públicos, especialmente os federais, têm recebido reajustes nulos ou irrisórios de suas remunerações. Assim, se essas remunerações forem atualizadas por índices oficiais de inflação, para efeito de cálculo da média a que corresponderão os proventos, poderia ocorrer de chegar-se a um valor superior ao da última remuneração do servidor. Caso isso ocorra, incidirá a vedação do § 2º do art. 40, vale dizer, os proventos calculados terão que ser reduzidos para não ultrapassarem o valor da última remuneração do servidor.

Além de extinguir a aposentadoria com proventos integrais, a EC nº 41/2003, seguindo a mesma lógica, suprimiu regra anterior que assegurava paridade entre os proventos de aposentadoria e pensão e a remuneração do cargo recebida pelos servidores ativos (antes da reforma de 2003, era garantida a revisão dos proventos, pelos mesmos índices e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade).

A regra atual, plasmada no § 8º do art. 40 do Texto Magno, tão-somente prevê “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter per-

manente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”. Trata-se, por óbvio, de garantia sobremaneira frágil, especialmente se considerarmos os reajustes que têm sido concedidos pelo governo federal, na última década, não só aos servidores em atividade, como também aos proventos pagos pelo RGPS, reajustes que, a nosso ver, afrontam acintosamente o determinado pelo constituinte de reforma.

O benefício da pensão por morte será igual a:

- a) ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (atualmente R\$ 3.038,99), acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor seja aposentado por ocasião do seu óbito (art. 40, § 7º, I);

Portanto, se o servidor percebia R\$ 4.000,00 de aposentadoria ao falecer, os proventos de pensão serão de R\$ 3.038,99 (o limite do RGPS) mais 70% de R\$ 961,01 (o excedente de R\$ 3.038,99, até o valor dos proventos de aposentadoria de R\$ 4.000,00), ou seja, a pensão será de R\$ 3.711,70 (R\$ 3.038,99 + R\$ 672,71).

- b) ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor estivesse em atividade na data do óbito (art. 40, § 7º, II).

O exemplo é análogo ao anterior. Se o servidor faleceu em atividade e sua remuneração era de R\$ 4.000,00, os proventos de pensão serão de R\$ 3.711,70 (R\$ 3.038,99 + 70% de R\$ 961,01).

O teto constitucional de remuneração dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso XI, deve ser respeitado como limite à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social. O limite aplica-se, também, à soma dos proventos de inatividade com a remuneração de cargo acumulável, de cargo em comissão, e de cargo eletivo.

O § 14 do art. 40 da Constituição foi acrescentado pela EC nº 20/1998 e não foi modificado pela EC nº 41/2003. Prevê esse dispositivo a possibilidade de o ente político fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos respectivos servidores públicos sujeitos ao regime próprio, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Para isso, o ente político terá que, obrigatoriamente, instituir **regime de previ-**

dência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

O § 15 complementa essa regra, ao estabelecer que o regime de previdência complementar aludido será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo. A instituição do regime de previdência complementar, portanto, consoante a redação dada ao texto constitucional, é de instituição obrigatória para a pessoa política que pretenda estabelecer como teto dos proventos por ela pagos o limite de benefícios do RGPS, e será feita por meio de **lei ordinária** de iniciativa do Presidente da República, do governador de estado ou do DF, ou do prefeito, conforme o caso.

O regime de previdência complementar dos servidores ocupantes de cargos efetivos ficará a cargo de **entidades fechadas** de previdência complementar, de **natureza pública**, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de **contribuição definida**.

Embora a criação do regime de previdência complementar se dê por lei ordinária do respectivo ente político, tal lei deverá observar, no que couber, o disposto no art. 202, e seus parágrafos, da Carta da República. O art. 202 da Constituição trata do regime de previdência privada, de caráter complementar, que deve ser regulado por **lei complementar** (atualmente a matéria está disciplinada na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001).

Não se deve, ademais, olvidar que, no âmbito da competência concorrente, prevista no art. 24 da Constituição, cabe à União legislar sobre previdência social, estabelecendo normas gerais acerca da matéria (art. 24, XII, § 1º).

O § 16 do art. 40, introduzido pela EC nº 20/1998, e não alterado na segunda reforma, garante que o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente a ele estará sujeito se prévia e expressamente formalizar opção nesse sentido.

Deve-se notar, todavia, que com o fim da aposentadoria com proventos integrais, a tendência é ser do interesse do servidor a participação no regime de previdência complementar. Deveras, antes da EC nº 41/2003, a opção implicaria abrir mão dos proventos integrais (cujo poder aquisitivo era, ainda, assegurado pela regra de paridade com a remuneração dos ativos) e submeter-se ao limite de valor dos benefícios pagos pelo RGPS em troca de uma complementação de valor e regras de atualização incertos. Atualmente, como os proventos são calculados pela média das últimas remunerações, conforme previsto no acima estudado § 3º do art. 40 (e sua atualização certamente será aviltante), a opção pela previdência complementar, mesmo sujeitando os proventos do servidor ao teto do RGPS, pode levar o valor total por ele percebido na aposentadoria (proventos mais complementação) a um montante bastante superior ao daqueles proventos.

O § 18 do art. 40, acrescentado pela EC nº 41/2003, detalha a regra de cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas. A partir da publicação dessa Emenda, passa a incidir contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência dos servidores civis que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência (atualmente R\$ 3.038,99), com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (atualmente 11%).

A regra é extremamente simples. Um aposentado que receba R\$ 5.038,99 de proventos passa a pagar 11% de “contribuição previdenciária” sobre aquilo que exceder R\$ 3.038,99, ou seja, pagará, mensalmente, R\$ 220,00 ao ente político do qual recebe seus proventos.

A Emenda Constitucional nº 47/2005 acrescentou o § 21 ao art. 40, prevendo que essa contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o **dobro do teto do RGPS**, quando o beneficiário, na forma da lei, for **portador de doença incapacitante**.

É oportuno registrar, ainda, que as alíquotas cobradas pelos estados, DF e municípios, tanto de seus servidores como de seus aposentados e pensionistas, não poderão ser inferiores à alíquota cobrada pela União. Tal vedação foi também obra da EC nº 41/2003, que alterou o § 1º do art. 149 da Carta da República, cuja redação atual transcrevemos:

“§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”

É também relevante anotar que a EC nº 41/2003, em seu art. 4º, prevê a cobrança da contribuição previdenciária mesmo dos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem assim daqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício. A alíquota da contribuição será idêntica à dos servidores ativos.

Entretanto, **é extremamente importante registrar que os incisos I e II do art. 4º da EC nº 41/2003 foram declarados parcialmente inconstitucionais pelo STF**. Esses incisos, aplicáveis aos que já eram aposentados ou pensionistas na data de sua publicação, bem assim àqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício, estabeleciam bases de cálculo diferentes (mais gravosas) daquela estabelecida no § 18 do art. 40, aplicável aos futuros aposentados e pensionistas sujeitos às regras permanentes introduzidas pela segunda reforma da previdência (os que não farão jus a proventos integrais). Consoante o art. 4º da EC nº 41/2003, os já aposentados

ou pensionistas, e aqueles com direito adquirido na data da publicação da emenda, sofreriam incidência da contribuição sobre a parcela dos proventos e das pensões que superasse:

- a) 50% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;
- b) 60% do teto do RGPS no caso dos inativos e pensionistas da União.

No julgamento das ADI 3105/DF e ADI 3128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 18.8.2004, o Supremo Tribunal Federal, “considerando o caráter unitário do fim público dos regimes geral de previdência e dos servidores públicos e o princípio da isonomia”, concluiu que a base de cálculo das contribuições dos servidores públicos aposentados e dos seus pensionistas **deve ser idêntica e deve a contribuição, em qualquer caso, incidir somente sobre o que ultrapassar o teto do RGPS**. Dessa forma, “declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do art. 4º da EC 41/2003, o §18 do art. 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda constitucional” (Informativo 357 do STF).

Em resumo, em razão da determinação do STF, o § 18 do art. 40 da Constituição, incluído pela EC nº 41/2003, deve ser aplicado a todo e qualquer aposentado e pensionista dos RPPS previstos nesse art. 40 da Carta Política. Portanto, qualquer que seja a data da aposentadoria ou do início do recebimento da pensão, os servidores públicos e seus pensionistas estarão sujeitos à contribuição previdenciária incidente apenas sobre o valor dos proventos que ultrapassar o limite máximo dos proventos pagos pelo RGPS, hoje em R\$ 3.038,99.

Vale lembrar que toda e qualquer contribuição previdenciária, seja a cobrada dos servidores ativos, seja a dos inativos e pensionistas, está sujeita à regra do art. 195, § 6º, da Carta da República, vale dizer, só podem ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado.

Para finalizarmos o tema “cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados do serviço público e seus pensionistas”, é necessário enfatizar que os inúmeros questionamentos sobre a sua constitucionalidade, além das posições veementemente a ela contrárias, restaram todas sepultadas no mesmo julgamento das ADI 3105/DF e 3128/DF pelo STF. É verdade que essas ações diretas de inconstitucionalidade referiam-se mais especificamente à cobrança da contribuição dos servidores já aposentados e seus pensionistas, ou daqueles com direitos adquiridos já consolidados, na data da publicação da EC nº 41/2003. Entretanto, pelo posicionamento da nossa Corte Máxima, podemos afirmar,

sem receio, que se deve considerar constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de qualquer aposentado ou pensionista sujeito ao regime próprio de previdência do art. 40 da Constituição, não importa a data da aposentadoria ou do início do direito à pensão.

Conquanto sejam um tanto extensos, transcrevemos, em razão de sua relevância, os principais argumentos do Supremo Tribunal Federal em favor da exigência em foco, conforme consta do Informativo 357:

“Contribuição de Aposentados e Pensionistas

Ressaltou-se, inicialmente, que as contribuições são tributos, sujeitas a regime jurídico próprio, e cuja propriedade decorre da destinação constitucional das receitas e da submissão às finalidades específicas estabelecidas pelo art. 149, da CF, do qual se extrai que as mesmas podem ser instituídas pela União e pelos Estados e Municípios como instrumento de atuação na área social.

Daí, por força do disposto no art. 195, da CF, com a redação da época da edição da EC 41/2003, a atuação estatal nas áreas da saúde, previdência e assistência social, cujos direitos são o conteúdo objetivo da seguridade social, deve ser custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, por meio dos recursos provenientes dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais previstas nos incisos I a III do referido artigo.

Em relação ao *caput* do art. 4º da EC 41/2003, as ofensas alegadas pelos requerentes foram afastadas por estas razões:

a) por serem as contribuições espécie de tributo, não há como opor-lhes a garantia constitucional ao direito adquirido:

a.1) a norma que institui ou majora tributos incide sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor;

a.2) não consta do rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. Assim, sendo a percepção de proventos de aposentadorias e pensões fato gerador da contribuição previdenciária (EC nº 41/2003, art. 4º, parágrafo único), não obstante a condição de aposentadoria, ou inatividade, representar situação jurídico-subjetiva sedimentada que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua consolidação, é intangível por lei superveniente no núcleo substantivo desse estado pessoal, não se poderia conferir ao servidor inativo nem ao pensionista verdadeira imunidade tributária absoluta, sem previsão constitucional, quanto aos fatos geradores ocorridos após a edição da EC nº 41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (CF, art. 150, III, a e art. 195, §6º);

b) o princípio constitucional de irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos não se estende aos tributos porque não implica imunidade tributária;

c) a utilização da percepção de proventos como fato gerador da contribuição previdenciária não configura *bis in idem* de imposto sobre a renda: as contribuições previdenciárias não constituem imposto. Para discerni-las, além do fato gerador e da base de cálculo, há de se levar em consideração os fatores distintivos constitucionais da finalidade da instituição e da destinação das receitas (CF, arts. 149 e 195). Também não consubstancia bitributação o fato de as contribuições apresentarem a mesma base de cálculo do imposto sobre a renda em relação aos inativos, haja vista a existência de autorização constitucional expressa (CF, art. 195, II);

d) a contribuição instituída não se faz sem causa, razão por que não se há de falar em confisco ou discriminação sob o fundamento de que *‘não atende aos princípios da generalidade e da universalidade (art.155, parágrafo 2º, I), já que recai só sobre uma categoria de pessoas’*:

d.1) a EC nº 41/2003 transmudou a natureza do regime previdencial que, de solidário e distributivo, passou a ser meramente contributivo e, depois, solidário e contributivo, por meio da previsão explícita de tributação dos inativos, *‘observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’*, em face da necessidade de se resolver o colapso havido no sistema, em decorrência, dentre outros fatores, da queda da natalidade, do acesso aos quadros funcionais públicos, do aumento da expectativa de vida do brasileiro e, por conseguinte, do período de percepção do benefício;

d.2) o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da CF, nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado. O valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social;

d.3) o regime previdenciário público visa garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso por meio do pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice e, nos termos do art. 195 da CF, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderia denominar princípio estrutural da solidariedade;

d.4) o regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, sem prejuízo da observância dos princípios do parágrafo único do art. 194 da CF: universalidade, uniformidade, seletividade e distributividade, irredutibilidade, equidade no custeio e diversidade da base de financiamento. Assim, os elementos sistêmicos figurados no *‘tempo*

de contribuição', no 'equilíbrio financeiro e atuarial' e na 'regra de contrapartida' devem ser interpretados em conjunto com os princípios supracitados;

e) a cobrança, em si, da contribuição dos inativos não ofende o princípio da isonomia:

e.1) o advento da EC 41/2003 estabeleceu, em tese, a existência de três grupos de sujeitos passivos distintos: os aposentados até a data da publicação da Emenda (que se aposentaram com vencimentos integrais); os que se aposentarão após a data de sua edição, mas que ingressaram no serviço público antes dela (que, numa fase de transição, poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as regras do art. 6º da EC 41/2003); os que ingressaram e se aposentarão após a publicação da Emenda (que poderão, no caso do §14 do art. 40 da CF, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência – CF, art. 201 – e equivalente a dez salários mínimos);

e.2) o fato de já estarem aposentados à data da publicação da Emenda não pode retirar a responsabilidade social pelo custeio, já que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa;

e.3) o caráter contributivo e solidário da previdência social impede essa distorção, que implicaria ofensa ao princípio da '*equidade na forma de participação de custeio*' (CF, art. 194, IV).

De outro lado, em relação ao parágrafo único do art. 4º da norma impugnada, entendeu-se configurada a violação ao princípio da igualdade por estes fundamentos:

a) o fato de alguns serem inativos ou pensionistas dos Estados, do DF ou dos Municípios não legitima o tratamento diferenciado dispensado aos servidores inativos e pensionistas da União, que se encontram em idêntica situação jurídica;

b) o fato de ter-se aposentado o servidor antes ou depois da publicação da Emenda não justifica tratamento desigual quanto à sujeição do tributo.

(...) Julgou-se, por maioria, improcedente o pedido em relação ao *caput* do art. 4º da EC 41/2003. Vencidos, no ponto, os Ministros Ellen Gracie, relatora, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello que consideravam que a norma impugnada ofendia dispositivos constitucionais que estariam a salvo da atividade reformadora (CF, art. 60, § 4º, IV). Declarou-se, por unanimidade, a inconstitucionalidade das expressões '*cinquenta por cento do*' e '*sessenta por cento do*' constantes, respectivamente, dos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC 41/2003, pelo que se aplica, à hipótese do artigo 4º da EC 41/2003, o §18 do artigo 40 do tex-

to permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda constitucional. (ADI 3105/DF e ADI 3128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, 18.8.2004.)”

O § 19 do art. 40, acrescentado pela EC nº 41/2003, criou uma figura literalmente denominada “abono de permanência”. Esse “abono” equivale, financeiramente, à dispensa do pagamento da contribuição previdenciária para o servidor que permaneça em atividade após ter completado os requisitos para requerer a aposentadoria voluntária não proporcional, estabelecidos no § 1º, III, “a”, do art. 40 da Constituição (sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem; cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; dez anos de efetivo exercício no serviço público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria). O servidor fará jus ao abono enquanto permanecer na ativa, até o limite de setenta anos, idade em que é alcançado pela aposentadoria compulsória.

A EC nº 41/2003 confere direito ao abono de permanência, também, aos servidores que ingressaram no serviço público antes da EC nº 20/1998 e, podendo requerer aposentadoria voluntária nos termos das regras de transição constantes do art. 2º da EC nº 41/2003, não o façam (art. 2º, § 5º, da EC nº 41/2003), bem como aos servidores com direito adquirido à aposentadoria na data da publicação da EC nº 41/2003 que permaneçam na ativa (art. 3º, § 1º, da EC nº 41/2003).

O objetivo da criação desse abono de permanência é bastante óbvio. É mais interessante para o erário deixar de receber o valor da contribuição previdenciária do servidor do que pagar a ele proventos de aposentadoria e, além disso, despender recursos com a remuneração de um outro servidor que terá que ser contratado, mais cedo ou mais tarde, para substituir o que se aposentou.

As hipóteses de concessão de aposentadoria pelo regime próprio dos servidores civis estatutários, constantes dos incisos do § 1º do art. 40 da Constituição, praticamente não foram modificadas pela EC nº 41/2003. A rigor, houve somente uma pequena alteração de redação no inciso que trata da aposentadoria por invalidez permanente, como a seguir se comentará.

É a seguinte a redação atual do § 1º, e seus incisos, do art. 40 da Constituição:

“§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

O dispositivo é auto-explicativo. As hipóteses de concessão de aposentadoria previstas no art. 40 da Carta Política são as seguintes:

1) Por **invalidez permanente**.

Com **proventos proporcionais** ao tempo de contribuição, em todos os casos, **exceto** quando a invalidez decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, **na forma da lei**.

Essa foi, como dito, a única modalidade de aposentadoria cuja redação sofreu alteração pela EC nº 41/2003, consistente na substituição da expressão “especificadas em lei” pela expressão “na forma da lei”. Anteriormente, o inciso I do § 1º do art. 40 estatuiu (grifamos): “[...] exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, **especificadas em lei**”.

Não existe qualquer dúvida quanto ao fato de que serão proporcionais ao **tempo de contribuição** os proventos da aposentadoria por invalidez permanente em todos os casos em que a invalidez não decorra de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

É mais difícil, entretanto, saber como serão calculados os proventos no caso da aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

Antes da EC nº 41/2003, o dispositivo afirmava que seriam proporcionais os proventos **exceto** se a invalidez adviesse de “acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei”. Uma vez que, antes dessa segunda reforma da previdência, os proventos de aposentadoria ou eram proporcionais ao tempo de contribuição, ou eram integrais (correspondendo à remuneração do servidor no cargo em que se dava a aposentadoria), a palavra “exceto” usada no texto constitucional deixava claro que a aposentadoria por invalidez permanente fundada em “acidente

em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei” dava direito a proventos integrais. Concluía-se, inelutavelmente: como não são proporcionais, os proventos são integrais, dado que não existe uma terceira categoria de proventos.

Diversamente, hoje, não existe mais a figura dos “proventos integrais”. Por isso, somos de opinião que o inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição deixa ao legislador ordinário a tarefa de definir os critérios de cálculo dos proventos na hipótese de aposentação por invalidez provocada por acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

Não se pode, a nosso ver, açodadamente afirmar que os proventos serão calculados na forma dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Carta (considerando as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência peculiar e geral, devidamente atualizadas). Basta imaginarmos a hipótese de um servidor que nunca antes trabalhou e, aprovado em concurso público para um cargo efetivo, sofra, no dia seguinte ao de sua posse e exercício, um acidente em serviço que o deixe definitivamente incapacitado para o trabalho. Ora, não há dúvida de que esse servidor fará jus à aposentadoria, nem de que ela não será com proventos proporcionais ao tempo de contribuição dele (no caso, inexistente). Tampouco podem ser os proventos calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, conforme determina o § 3º do art. 40 da Carta (no caso, essas remunerações não existem).

Em resumo, o constituinte derivado deixou ao legislador ordinário a tarefa de determinar como serão calculados os proventos de aposentadoria em todas as diferentes situações nas quais a invalidez permanente decorra de “acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável”. Sabemos, tão-somente, que não poderão os proventos, nesses casos, ser simplesmente proporcionais ao tempo de contribuição (a exceção constitucional, a toda evidência, pretende estabelecer uma regra mais favorável ao servidor do que a aplicável às outras causas de invalidez, tanto assim que, antes da segunda reforma, acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, davam direito a proventos integrais, independentemente do tempo de contribuição do servidor).

2) **compulsória**, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

3) **voluntária**, desde que cumprido tempo mínimo de **dez anos** de efetivo exercício no serviço público e **cinco anos** no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

- 3.1. aos sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher:

com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas.

- 3.2. aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher: com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Nessa última hipótese, após calcular os proventos a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, devidamente atualizadas, aplica-se, sobre o valor encontrado, o percentual correspondente à razão entre o número de anos de contribuição do servidor e o número de anos de contribuição que seriam necessários para que ele se aposentasse nos termos do item 3.1 – com base na alínea “a” do inciso III do § 1º desse art. 40 (35 anos de contribuição para os homens e 30 anos de contribuição para as mulheres). Dessa forma, se o servidor homem, aos 65 anos de idade, houver contribuído durante 31 anos e seis meses, seus proventos corresponderão a 90% do que seriam os proventos se ele houvesse se aposentado pelo inciso III, alínea “a”, do § 1º do art. 40 da Constituição, ou seja, com 35 anos de contribuição (31 anos e seis meses são 90% de 35 anos).

No caso de professor ou professora que comprove **exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio**, o tempo de contribuição e o limite de idade são reduzidos em 5 anos para a concessão de aposentadoria voluntária concedida com base na alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição da República (CF, art. 40, § 5º). Assim, o professor pode aposentar-se aos 55 anos de idade e 30 de contribuição e a professora aos 50 anos de idade e 25 de contribuição, com proventos calculados, na forma da lei, a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência peculiar e geral, devidamente atualizadas, consoante estabelecido nos §§ 3º e 17 do art. 40 da Carta Política.

Por último, cabe mencionar que a EC nº 41/2003 estabeleceu diferentes regras de transição para quem já se encontrava no serviço público, variando a regra conforme a data de ingresso ou a situação jurídica do servidor.

Assim, àqueles que já tinham direito adquirido à aposentadoria ou pensão na data da publicação da EC nº 41/2003 foram assegurados, pelo art. 3º dessa Emenda, todos os direitos previstos no ordenamento jurídico na época em que adquiriram o direito, vale dizer, essencialmente, aposentadoria com proventos integrais (se for o caso) e “paridade plena” dos proventos com a remuneração dos ativos na hipótese de atualização ou outras modificações na remuneração. É oportuno lembrar, contudo, que, ao se aposentarem, estarão esses servidores sujeitos à contribuição previdenciária dos inativos, nos termos explicados acima, ao analisarmos o art. 4º da EC nº 41/2003 (feitas

as ressalvas, acima comentadas, concernentes à inconstitucionalidade parcial dos incisos I e II desse art. 4º da EC nº 41/2003, declarada pelo STF no julgamento das ADI 3105/DF e 3128/DF), valendo a mesma observação para os pensionistas (e, como visto, até mesmo para quem já era aposentado ou pensionista na data da publicação da emenda).

É mister notar que o art. 7º da EC nº 41/2003 é a única regra de “paridade plena” hoje existente em nosso ordenamento constitucional. Vale transcrevê-lo (grifamos):

“Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda**, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.”

Como se vê, pela EC nº 41/2003, a regra de “paridade plena” era aplicável exclusivamente aos que já eram aposentados e pensionistas na data da publicação da EC nº 41/2003 e àqueles com direito adquirido à aposentadoria ou pensão na mesma data, pessoas de que trata o art. 3º dessa Emenda. Entretanto, a **EC nº 47/2005** – e este foi seu principal objetivo – veio **restabelecer, retroativamente, a “paridade plena” para todos aqueles que ingressaram no serviço público até a data de publicação da EC nº 41/2003, que se aposentem com proventos integrais nos termos do art. 6º da mesma EC nº 41/2003**. Ressaltamos que essa regra, constante do art. 2º da EC nº 47/2005, só se aplica aos proventos de aposentadoria, **não aos de pensão**. É esta sua redação:

“Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do *caput* do art. 6º da Emenda Constitucional no 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.”

Importa, contudo, anotar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação bastante restritiva desse direito à “paridade plena”, não

obstante a clareza do acima transcrito art. 7º da EC nº 41/2003, que praticamente reproduz a redação, **anterior à EC nº 41/2003**, do § 8º do art. 40 da Constituição. O STF vem afirmando que vantagens percebidas pelos servidores ativos que, por sua natureza, sejam concernentes à atividade do servidor, não se incorporam à sua remuneração e não estão sujeitas à regra de paridade. O Tribunal Maior, versando sobre o § 8º da Carta Política, com a redação anterior à EC nº 41/2003, deixou assente que “a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8º, cf. Emenda Constitucional 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo” (ADIn 575, de 25.03.1999; RE 318.684, de 9.10.2001, ambos com votação unânime).

Com fulcro nessa orientação, o STF já decidiu que (esclarecimento nosso) “o direito ao vale-alimentação ou auxílio-alimentação não se estende aos inativos por força do § 4º do art. 40 da Constituição Federal [do qual constava a regra de paridade antes da EC nº 20/1998], porquanto se trata, em verdade, de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria” (RREE 220.713; 220.048; 228.083; 237.362; 227.036; 318.684).

Essa orientação está, hoje, absolutamente pacificada, constando da Súmula 680 do STF, como abaixo se lê:

“**680** – O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.”

Mais recentemente, o STF vem afirmando que a regra de paridade, anteriormente constante do § 8º da Constituição e hoje plasmada no sobretranscrito art. 7º da EC nº 41/2003, apenas garante que “os benefícios ou vantagens de **natureza geral** sejam estendidos aos aposentados, não aqueles que dependam do atendimento de condição inscrita na lei” (grifamos).

Trata-se da decisão proferida no julgamento do MS-AgR 24.204/DF, rel. Min. Ellen Gracie, em 12.02.2003, na qual foi citado como precedente o RE 191.018/DF (DJU de 19.12.2002). No mandado de segurança, pleiteava-se a extensão, aos servidores públicos inativos e pensionistas, da gratificação de desempenho da carreira de especialista do Tribunal de Contas da União, gratificação criada pela Lei nº 10.356/2001.

Em seu voto vencedor, a Ministra Ellen Gracie considerou “inviável” a extensão da gratificação requerida, afirmando: “Entendo, portanto, ser inviável atribuir-se aos aposentados aumento relativo a gratificação de desempenho por não ser possível, obviamente, aferir esse desempenho.”

A ementa desse MS-AgR 24.204/DF restou assim vazada (na ementa, a remissão entre parêntesis é feita ao § 8º do art. 40 da Constituição antes da EC nº 41/2003, quando esse dispositivo continha a mesma regra de paridade hoje constante do art. 7º da EC nº 41/2003): “os benefícios ou vantagens de natureza geral estendem-se aos aposentados (art. 40, § 8º da CF) não, porém, aqueles que dependem do atendimento de condição inscrita na lei.”

Aos servidores ingressados no serviço público até a data da publicação da EC nº 41/2003, sem direito adquirido à aposentadoria, foram assegurados os proventos integrais.¹⁵ Inicialmente, isto é, pelo texto da EC nº 41/2003, como acima dito, não foi garantida para esses servidores a “paridade plena” entre os proventos e a remuneração da ativa. Para eles foram exigidos, ainda, vinte anos de efetivo exercício no serviço público, dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria, para a aquisição do direito aos proventos integrais. Vale transcrever o art. 6º da EC nº 41/2003, em que estão essas regras:

“Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

- I – sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- II – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- IV – dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.”

¹⁵ Em nosso entendimento, todas as vezes que a EC nº 41/2003, a EC nº 47/2005, ou algum dispositivo constitucional, refere-se a “servidores que ingressaram no serviço público até determinada data”, a regra abrange todos os servidores públicos estatutários ocupantes de quaisquer cargos efetivos, de qualquer esfera da Federação, abrangendo os cargos do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e incide mesmo que o servidor, em momento posterior, mediante aprovação em outro concurso público, deixe seu cargo para ocupar outro, ainda que em outra esfera ou outro Poder.

Já referimos que a EC nº 47/2005 estendeu, retroativamente, aos servidores que se enquadrem no art. 6º da EC nº 41/2003, acima transcrito, o direito à “paridade plena”, nos termos do art. 7º da EC nº 41/2003, entre os proventos de aposentadoria (não os de pensão) e a remuneração do cargo na atividade.¹⁶

A EC nº 41/2003 estabeleceu, ainda, em seu art. 2º, uma regra específica para os **servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC nº 20/1998** e pretendam aposentar-se antes da idade de sessenta anos, para os homens, e de cinquenta e cinco, para as mulheres. Todavia, mesmo que o servidor cumpra as exigências dessa regra de transição específica, a aposentadoria a que fará jus será calculada de acordo com os atuais §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição, ou seja, não se cogita de proventos integrais. Tampouco haverá direito à paridade entre os proventos e a remuneração do cargo efetivo, pois o § 6º do mesmo art. 2º da EC nº 41/2003 determina a aplicação do disposto no vigente § 8º do art. 40 da Carta às aposentadorias concedidas com arrimo nessa regra de transição.

As normas pertinentes a tal hipótese encontram-se no art. 2º da EC nº 41/2003, e não serão objeto de maior detalhamento, pois, em razão de sua especificidade e de sua reduzida aplicabilidade prática, escapam ao fito desta obra. De toda forma, os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC nº 20/1998 (primeira reforma da previdência) poderão optar por aposentar-se com base nas regras do art. 6º da EC nº 41/2003, ou seja, com proventos integrais, desde que, evidentemente, cumpram as exigências estabelecidas nesse dispositivo, transcrito acima.

A EC nº 47/2005, em seu art. 3º, trouxe mais uma regra de transição, também **específica para os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC nº 20/1998**. Trata-se de hipótese muito mais favorável a esses servidores do que a constante do art. 2º da EC nº 41/2003, acima mencionado. Isso porque o art. 3º da EC nº 47/2005 possibilita aos servidores que

¹⁶ Antes da EC nº 47/2005, o reajuste dos proventos dos servidores que se aposentassem pelo art. 6º da EC nº 41/2003 estava disciplinado no parágrafo único desse artigo, que foi revogado pela EC nº 47/2005. O parágrafo único do art. 6º da EC nº 41/2003, repita-se, revogado pela EC nº 47/2005, apenas assegurava o seguinte:

“Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.”

Por esse motivo, após a EC nº 41/2003 passou-se a chamar a regra de seu art. 7º – inicialmente aplicável só a quem já era aposentado ou pensionista, ou já tinha direito adquirido a aposentadoria ou pensão – de “paridade plena”, para diferenciá-la dessa “paridade nos termos da lei”, prevista no parágrafo único do art. 6º da EC nº 41/2003, que era a regra de reajuste a que faziam jus os servidores aposentados pelo art. 6º da EC nº 41/2003. Isso até a publicação da EC nº 47/2005, pois, como visto, esta estendeu a eles, retroativamente, os direitos previstos no art. 7º da EC nº 41/2003 (“paridade plena”).

ingressaram no serviço público antes da EC nº 20/1998 aposentação antes dos sessenta anos, para os homens, e antes dos cinquenta e cinco, para as mulheres, **com proventos integrais e “paridade plena”** (e, aqui, a “paridade plena” aplica-se aos proventos de aposentadoria e aos de pensão).

Essencialmente, a nova regra permite a redução de um ano de idade para cada ano que exceder trinta e cinco anos de contribuição, no caso dos homens, ou trinta anos de contribuição, no caso das mulheres. Assim, um servidor que, aos cinquenta e nove anos de idade, tenha trinta e seis anos de contribuição, poderá aposentar-se com proventos integrais. Uma servidora que, aos cinquenta e três anos de idade, tenha trinta e dois anos de contribuição, poderá aposentar-se com proventos integrais.

Em qualquer caso, para aproveitar-se das regras do art. 3º da EC nº 47/2005, deverão ser atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos mínimos: (a) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; e (b) vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria. Para finalizar este longo e árduo tópico, transcrevemos, abaixo, o art. 3º da EC nº 47/2005:

“Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.”

5. DISPOSIÇÕES LEGAIS RELATIVAS AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS FEDERAIS (ESTATUTÁRIOS)

5.1. Introdução

As disposições legais reguladoras das relações jurídicas entre os servidores públicos estatutários e a Administração Pública federal encontram-se na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Essa lei foi editada em atenção ao comando originariamente constante do *caput* do art. 39 da Constituição de 1988. Conforme já estudamos, tal dispositivo determina à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de **regime jurídico único** para seus servidores integrantes das respectivas Administrações Diretas, autarquias e fundações públicas.

Em atenção ao art. 39, *caput*, da Constituição, em sua redação original, foi editada a Lei nº 8.112/1990 estabelecendo, para todos os servidores da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas federais, o regime jurídico estatutário. A Lei nº 8.112/1990, como seria de se esperar, já sofreu incontáveis modificações, no mais das vezes reduzindo direitos ou vantagens originalmente conferidos aos servidores.

Com a promulgação da EC nº 19/1998, modificou-se a redação do *caput* do art. 39 da Constituição, deixando de ser prevista a obrigatória adoção de um único regime jurídico aplicável a todos os agentes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas dos diferentes entes federados. Essa alteração, entretanto, não teve nenhum reflexo direto sobre a Lei nº 8.112/1990. Desde sua publicação, ela sempre foi, e continua sendo, a lei aplicável a todos os agentes públicos integrantes da Administração Direta, das autarquias e das fundações públicas federais admitidos sob regime jurídico estatutário (servidores públicos em sentido estrito).

Cabe lembrar que, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa a redação do *caput* do art. 39 da Constituição dada pela EC nº 19/1998, e restaurada a redação originária desse dispositivo. Consoante já mencionamos, não obstante o decidido liminarmente na ADI 2.135/DF, permanece válida a Lei nº 9.962/2000, que estabelece o regime jurídico dos **empregados públicos** (regime contratual, celetista) eventualmente contratados, antes de 02.08.2007, para atuar na Administração Direta, autárquica e fundacional federal, porquanto são prospectivos (*ex nunc*) os efeitos dessa decisão do Supremo Tribunal Federal.

De toda forma, deve ficar claro o âmbito de aplicação da Lei nº 8.112/1990: ela rege todos os servidores públicos estatutários federais.

5.2. Cargos e funções públicos

Consoante o disposto no art. 3º da Lei nº 8.112/1990, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da Administração que devem ser cometidas a um servidor. Os cargos públicos são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Vê-se que todo cargo, por representar um conjunto de atribuições, obrigatoriamente está relacionado a uma função pública. É possível haver servidores com função pública e sem cargo, mas não o inverso.

Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo, sempre exigindo aprovação prévia em concurso público para seu preenchimento, ou de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

As funções públicas podem ser autônomas, que são funções provisórias destinadas a atender necessidades temporárias ou transitórias, como as desempenhadas no caso de contratação por prazo determinado.

De outra parte, as funções de confiança, previstas no art. 37, inciso V, da Constituição de 1988, obrigatoriamente devem ser exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos. As funções de confiança, assim como os cargos em comissão, destinam-se exclusivamente a atribuições de direção, chefia e assessoramento.

O servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração (Lei nº 8.112/1990, art. 19, § 1º).

Não obstante a regra do parágrafo anterior, o servidor ocupante de cargo em comissão poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente (provisoriamente), em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que estiver ocupando, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade (Lei nº 8.112/1990, art. 9º, parágrafo único).

O servidor que acumular lícitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos (Lei nº 8.112/1990, art. 120).

Os servidores ocupantes de cargo público submetem-se a **regime estatutário**, que, conforme antes explicado, é um regime legal (não contratual). Como não há contrato, e o regime jurídico decorre diretamente da lei, qualquer alteração na lei altera o regime jurídico do ocupante de cargo público. Por

outras palavras, não existe direito adquirido à manutenção do regime jurídico do servidor público; o regime jurídico pode ser alterado unilateralmente, com a simples alteração da lei de regência. O regime estatutário é típico das pessoas jurídicas de direito público.

5.3. Provimento

Provimento é o ato administrativo por meio do qual é preenchido cargo público, com a designação de seu titular. Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão (cargos de confiança).

A Lei nº 8.112/1990 apresenta, em seu art. 8º, as formas de provimento de cargo público, a saber:

- (1) nomeação;
- (2) promoção;
- (3) readaptação;
- (4) reversão;
- (5) aproveitamento;
- (6) reintegração; e
- (7) recondução.

5.3.1. *Provimento originário e provimento derivado*

As formas de provimento em cargo público são tradicionalmente classificadas (classificação esta adotada, inclusive, pelo STF) em:

- a) formas de provimento originárias; e
- b) formas de provimento derivadas.

Provimento originário é o preenchimento de classe inicial de cargo não decorrente de qualquer vínculo anterior entre o servidor e a Administração. A única forma de provimento originário atualmente compatível com a Constituição é a nomeação e, para os cargos efetivos, depende sempre de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II).

Provimento derivado é o preenchimento de cargo decorrente de vínculo anterior entre o servidor e a Administração. As formas de provimento derivado enumeradas no art. 8º da Lei nº 8.112/90 são a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução.

Para explicarmos o conceito de provimento derivado, tomemos o exemplo do aproveitamento, que é, inclusive, instituto expressamente mencionado no texto constitucional (CF art. 41, § 3º).

Aproveitamento é o preenchimento de cargo por servidor que fora posto em disponibilidade (devido à extinção do cargo que ocupava ou declaração de sua desnecessidade). Esse cargo, preenchido por aproveitamento, não é o mesmo no qual o servidor havia sido originariamente investido, o qual pode, inclusive, não mais existir.

É evidente que o provimento do cargo por aproveitamento decorre do vínculo anteriormente existente entre o servidor aproveitado e a Administração.

Significa que a causa necessária e suficiente para o provimento desse novo cargo é justamente a existência de uma relação anterior entre o servidor e a Administração.

Não há, nesse caso, concurso público, nomeação ou posse. A única exigência evidente é que o cargo provido por aproveitamento guarde razoável equivalência de natureza, complexidade das atribuições, grau de responsabilidade e nível de remuneração com o anteriormente ocupado. Isso para que o instituto não seja utilizado como forma disfarçada de ascensão do servidor no serviço público sem realização de concurso público compatível com o nível de complexidade do cargo que ocupa.

Aliás, por esse exato motivo, duas outras formas de provimento derivado anteriormente previstas no mesmo art. 8º da Lei nº 8.112/1990, a **ascensão** e a **transferência**, foram fulminadas pelo STF (ADI 231, ADI 837 e outras). Todas as referências que a Lei fazia a tais formas e mais ao **acesso** (entendido pelo STF como sinônimo de ascensão), foram declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Maior.

Justamente tais formas de provimento davam ensejo ao preenchimento de cargos de natureza, grau de complexidade e remuneração diversos daqueles do cargo no qual o servidor fora originariamente investido, representando afronta evidente à exigência de ingresso por concurso público compatível com a complexidade do cargo a ser exercido (art. 37, II, da CF). Dada essa orientação da Corte Máxima, essas formas de provimento acabaram sendo expressamente revogadas pela Lei nº 9.527/1997.

Por último, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 2003, editou a Súmula nº 685, que tem a redação bastante incisiva, abaixo transcrita.

“**685** – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

A nosso ver, a interpretação dessa súmula não pode deixar de levar em conta que há formas de provimento, como o aproveitamento, que propiciam ao servidor investir-se, sem novo concurso, em cargo diferente daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público (observe-se que a Constituição, no § 3º do art. 41, refere-se a “aproveitamento em **outro cargo**”). Outras formas de provimento, entretanto, como, na esfera federal, a readaptação, não estão mencionadas no texto constitucional, mas tão-somente na lei. Pensamos que a tendência do STF é considerar essas últimas formas de provimento derivado inconstitucionais. Deve-se notar, porém, que elas permanecem integrando nosso ordenamento jurídico enquanto os dispositivos legais que as mencionam não forem revogados, ou que haja sentença judicial com eficácia *erga omnes* afastando sua aplicação.

De outra parte, a súmula em comento não diz respeito a todas as formas de provimento derivado. Com efeito, algumas delas não implicam investir-se o servidor em cargo diferente do seu cargo original, para o qual ele foi nomeado mediante concurso público, porquanto acarretam retorno ao mesmo cargo do qual ele se havia desligado por algum motivo (é o caso da reintegração, da reversão, da recondução).

Em síntese, entendemos que as formas de provimento derivado textualmente mencionadas na Constituição, bem como aquelas que, mesmo sem base constitucional expressa, não impliquem ingresso do servidor em cargo diverso daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público, são plenamente constitucionais. Diversamente, as formas de provimento derivado não referidas na Constituição, que resultem em investidura do servidor em cargo para o qual ele não foi aprovado em concurso público, são, para o Pretório Excelso, inconstitucionais (repise-se, todavia, que elas permanecem integrando nosso ordenamento jurídico enquanto os dispositivos legais que as mencionam não forem revogados, ou que haja sentença judicial com eficácia *erga omnes* afastando sua aplicação).

5.3.2. *Formas de provimento dos cargos públicos*

5.3.2.1. Nomeação

Iniciamos pela nomeação. Trata-se, como já dissemos, da única forma de provimento originário atualmente existente, única compatível com a Constituição de 1988.

A nomeação pode dar-se em caráter efetivo ou em comissão, para cargos de confiança, esta última não exigindo concurso público, podendo tanto recair sobre quem já seja integrante da Administração Pública (o que não descaracteriza o provimento como originário, já que a causa da nomeação

em comissão não é a relação existente entre o servidor e a Administração) ou sobre pessoa sem qualquer vínculo anterior com a Administração.

Uma regra prática é a seguinte: sempre que o provimento decorrer de concurso público haverá nomeação e o provimento é efetivo e originário. Se Fulano ingressou num hospital federal por concurso como enfermeiro, mais tarde concluiu o curso de medicina e deseja exercer esta profissão no mesmo hospital, terá que fazer novo concurso, para o cargo de médico. Se aprovado, será **nomeado** no cargo e depois tomará posse. Embora Fulano possuísse um vínculo anterior com a mesma Administração, nenhuma relação há entre o provimento desse cargo de médico e seu cargo anterior. Sua nomeação como médico decorre exclusivamente de sua aprovação no novo concurso e seu provimento, portanto, é originário.

Assim, a nomeação em caráter efetivo depende de prévia aprovação em concurso público compatível com a natureza e a complexidade do cargo a ser provido. É **ato administrativo unilateral** que não gera, por si só, qualquer obrigação para o servidor, mas sim o direito subjetivo para que ele formalize seu vínculo com a Administração, por meio da posse.

Diferentemente, a nomeação para cargos em comissão nunca é precedida de concurso público. É um ato discricionário e que sequer precisa de motivação. A exoneração, nos cargos em comissão, segue a mesma regra: é um ato discricionário e independe de motivação. O servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão nunca adquire estabilidade.

A posse, que só ocorre nos casos de provimento por nomeação, esta sim, é ato jurídico bilateral, em que o servidor é investido das atribuições e responsabilidades inerentes ao cargo. O nomeado somente se torna servidor com a posse.

O nomeado tem o prazo de trinta dias, contados da nomeação, para tomar posse, salvo nos casos de licença ou afastamento, hipótese em que se inicia a contagem a partir do término do impedimento.

Não o fazendo no prazo previsto, o nomeado não chega a aperfeiçoar o vínculo com a Administração, e o ato de provimento é **tornado sem efeito**. Não é caso de anulação porque não há vício no ato de nomeação que tal justificasse e também não cabe falar em exoneração, pois o nomeado não chegou a tornar-se servidor.

Por fim, uma observação faz-se oportuna: o servidor ocupante de cargo efetivo que deva assumir, também, uma função de confiança, não é “nomeado” para a função de confiança, mas sim **designado**. Ou seja, no caso de cometimento de função de confiança a um servidor, fala-se em “designação”, não em nomeação (não há, tampouco, “provimento” de função de confiança).

5.3.2.2. Readaptação

Readaptação é a primeira forma de provimento derivado de que trataremos, sendo bastante simples.

Ocorre ela quando o servidor, estável ou não, havendo sofrido uma limitação física ou mental em suas habilidades, torna-se inapto ao exercício do cargo que ocupa, mas, por não ser caso de invalidez permanente, pode ainda exercer outro cargo para o qual a limitação sofrida não o inabilita.

O cargo provido por readaptação deverá ter atribuições afins às do anterior. Tem que ser respeitada a habilitação exigida, o nível de escolaridade e a equivalência de vencimentos. Na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como **excedente**, até a ocorrência de vaga.

Assim, fica claro que a readaptação não significa provimento de cargo “inferior” (e nem “superior”) pelo servidor que sofreu limitação em suas habilidades. Simplesmente o novo cargo, para seu exercício, não exige utilização da habilidade que o servidor teve reduzida. É a primeira opção da Administração ante a hipótese de aposentar o servidor por invalidez permanente, evidentemente muito mais vantajosa para ela, Administração, e também para o servidor, especialmente nos casos em que a aposentadoria a que ele faria jus resultaria em proventos de valores reduzidos.

Vale lembrar que não há menção expressa à readaptação como forma de provimento no texto constitucional.

5.3.2.3. Reintegração

A reintegração é forma de provimento derivado expressamente prevista na Constituição (art. 41, § 2º).

Ocorre quando o **servidor estável**, anteriormente demitido, tem a decisão administrativa ou judicial que determinou sua demissão invalidada. O irregularmente demitido retornará, então, ao cargo de origem, com ressarcimento de todas as vantagens a que teria feito jus durante o período de seu afastamento ilegal, inclusive às promoções por antigüidade que teria obtido nesse ínterim.

Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, até seu adequado aproveitamento.

Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante, se estável, será **reconduzido** ao cargo de origem, sem direito a indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade (nesse caso com remuneração proporcional). Se não estável deverá ser exonerado (essa é a única conclusão compatível com os dispositivos constitucionais e legais. Não conhecemos jurisprudência a respeito).

O texto constitucional determina que a reintegração somente se aplica ao **servidor estável**. O que se pode concluir daí não é o absurdo de que o servidor não estável, demitido irregularmente, que tenha a demissão invalidada pela Administração ou pelo Judiciário, simplesmente não retorne ao cargo. Também é absurdo entender-se que servidor não estável não pode ser demitido, somente exonerado, pois demissão é punição por falta grave e exoneração é desligamento, ou sem qualquer caráter punitivo, ou por insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1º, III), ou por inabilitação no estágio probatório.

Logo, o servidor não estável que tenha sua demissão invalidada retorna, sim, ao serviço público, certo que esse retorno não é denominado reintegração. Seria um retorno inominado (nós, pelo menos, não conhecemos o nome).

5.3.2.4. Aproveitamento

É forma de provimento derivado expressamente prevista pela Constituição (art. 41, § 3º). Trata-se do retorno do servidor posto em disponibilidade (portanto **estável**) a cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado (o qual foi extinto ou declarado desnecessário).

Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, não especificado na Lei nº 8.112/1990. Em princípio, esse prazo seria de 15 dias, por analogia com o disposto no art. 15, § 1º, da mesma lei. Observe-se que a cassação da disponibilidade é penalidade administrativa, punição, equivalente à demissão, nos termos do art. 127, IV, da Lei nº 8.112/1990 (lembrem-se, no caso de o empossado não entrar em exercício ele é apenas exonerado, sem nenhum caráter de penalidade disciplinar, conforme o art. 15, § 2º, da lei).

5.3.2.5. Promoção

A promoção é forma de provimento derivado, nas carreiras em que o desenvolvimento do servidor ocorre por provimento de cargos sucessivos e ascendentes. O conceito é um tanto complexo. Não se aplica aos cargos isolados, somente aos escalonados em carreira e sempre se refere ao progresso dentro da mesma carreira, nunca à passagem de uma carreira à outra, o que seria impossível por provimento derivado. Para esclarecer a definição, trazemos trecho do voto do Min. Moreira Alves, relator da ADIn 837-4/DF:

“O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer

hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequêntes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a promoção. Não há promoção de uma carreira inferior para outra carreira superior, correlata, afim ou principal. Promoção – e é esse o seu conceito jurídico que foi adotado pela Constituição toda vez que a ele se refere, explicitando-o – é provimento derivado dentro da mesma carreira.”

Assim, por exemplo, digamos que a **carreira** dos defensores públicos seja composta pelos **cargos** “defensor público de primeira classe”, “defensor público de segunda classe” e “defensor público de classe especial”. A passagem de uma classe para outra é o que a lei chama de promoção. Se houvesse mudança de cargo para um cargo de **outra carreira**, teríamos ascensão, já declarada forma de provimento inconstitucional pelo STF e, por isso, revogada da Lei nº 8.112/1990.

A Lei nº 8.112/90 não trata conceitualmente, não define a promoção. Ela só enumera, no art. 8º, a promoção como forma de provimento, e a menciona em alguns dispositivos, sem defini-la. Por exemplo, dispõe que “os demais requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor na carreira, mediante **promoção**, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos” (art. 10, parágrafo único) e que “a **promoção** não interrompe o tempo de exercício, que é contado no novo posicionamento na carreira a partir da data de publicação do ato que promover o servidor” (art. 17).

5.3.2.6. Reversão

A reversão, forma de provimento derivado não explicitada na Constituição, aplicava-se, segundo a redação original da Lei nº 8.112/1990, exclusivamente ao servidor que, aposentado por invalidez permanente (portanto estável ou não), tivesse declaradas insubsistentes, por junta médica oficial, as causas que determinaram sua aposentadoria (deixaram de existir os motivos que determinaram a invalidez).

Deduz-se, assim, que a reversão, como estava prevista originariamente na lei, sempre era ato de ofício, sendo obrigatória caso constatada a insubsistência citada. Não se aplicaria, em hipótese nenhuma, ao servidor aposentado por tempo de contribuição, e não podia ocorrer a pedido do servidor aposentado por invalidez (este poderia até requerer novo diagnóstico de junta oficial se entendesse não mais existente sua invalidez. Mesmo assim, a reversão seria

ato de ofício e, uma vez declarada a insubsistência da invalidez, seria obrigatória para a Administração).

Esse regramento da reversão vigorou até 05/05/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1971-11. Essa Medida Provisória alterou substancialmente o instituto da reversão, dando nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.112/1990. Atualmente, esse dispositivo tem a seguinte redação (está em vigor a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, anterior à EC nº 32/2001, portanto, com prazo de vigência indeterminado, por força do art. 2º dessa EC):

“Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

I – por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II – no interesse da administração, desde que:

- a) tenha solicitado a reversão;
- b) a aposentadoria tenha sido voluntária;
- c) estável quando na atividade;
- d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;
- e) haja cargo vago.

§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação.

§ 2º O tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria.

§ 3º No caso do inciso I, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

§ 4º O servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria.

§ 5º O servidor de que trata o inciso II somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo.

§ 6º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.”

Atualmente, portanto, em razão da modificação acima referida, a reversão pode dar-se, também, a pedido do servidor que tenha se aposentado por tempo de contribuição (as regras relativas à reversão de ofício, determinada pela

insubsistência dos motivos que hajam levado à aposentadoria por invalidez, permaneceram inalteradas).

O servidor aposentado por tempo de contribuição pode pedir o retorno ao cargo anteriormente ocupado, mediante reversão, desde que atendidos os demais pressupostos constantes das alíneas do inciso II do art. 25 da lei, supratranscrito.

Dessarte, na esfera federal, existe, hoje, ao lado da reversão de ofício, a figura da reversão **a pedido**, no interesse da Administração, de servidor aposentado por tempo de contribuição.

Na verdade, a hipótese de reversão a pedido veio possibilitar o retorno dos servidores públicos que se aposentaram apressadamente antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, diante do receio de que essa emenda, que implementou a primeira reforma da previdência, trouxesse inovações desfavoráveis aos direitos dos aposentados.

Outro aspecto que também causou verdadeiro pânico entre os servidores, rumo aos portões da aposentadoria, foi a controvérsia existente acerca dos limites do poder constituinte derivado: poderia a emenda constitucional violar os direitos adquiridos dos aposentados ou não?

Diante de todas essas perspectivas, o fato é que muitos servidores aposentaram-se às pressas, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, muitos deles com perdas pecuniárias significativas.

Estes, após o advento da reversão a pedido, desde que satisfaçam os requisitos constantes do atual inciso II do art. 25 da Lei nº 8.112/1990, podem requerer o seu retorno à atividade (sujeitando-se apenas à valoração administrativa de oportunidade e conveniência, pois o ato de deferimento, ou não, do pedido do servidor é discricionário).

Voltando ao desempenho das atribuições de seu cargo o revertido poderá contar esse novo tempo de atividade para, depois, aposentar-se com proventos integrais.

Devem, ainda, ser registrados os seguintes aspectos pertinentes à reversão:

- a) a reversão faz-se no mesmo cargo anteriormente ocupado ou no cargo resultante de sua transformação;
- b) no caso da reversão de ofício, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como **excedente**, até a ocorrência de vaga;
- c) no caso da reversão a pedido não existe a possibilidade de o servidor exercer suas atribuições como excedente, pois somente ocorrerá o deferimento da reversão se existir cargo vago (alínea “e” do inciso II do art. 25);

- d) em qualquer hipótese, não pode reverter o aposentado que já tiver completado 70 anos de idade (pois cairia na aposentadoria compulsória);
- e) sendo a reversão a pedido concedida no interesse da Administração, resta claro que seu deferimento é ato administrativo discricionário;
- f) a reversão de ofício, resultante da declaração de insubsistência da invalidez do aposentado, é efetivada por meio de ato administrativo vinculado: declarada a insubsistência da invalidez será necessariamente revertido o servidor, não cabendo à Administração, nessa hipótese, opinar sobre a oportunidade ou a conveniência da volta do servidor ao serviço.

5.3.2.7. Recondução

A recondução, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.112/1990, é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, podendo decorrer de:

- (1) inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; ou
- (2) reintegração do anterior ocupante.

A segunda hipótese de ocorrência de recondução é muito simples, e dispensa maiores comentários:

O servidor “X” é demitido e, uma vez vago o seu cargo, a Administração Pública o preenche com o servidor “Y”. Num momento posterior, o demitido (“X”) consegue, administrativa ou judicialmente, invalidar a sua demissão, obtendo direito de retorno ao cargo (reintegração), com todas as vantagens do período. Com a reintegração de “X”, o servidor “Y”, que estava ocupando o seu cargo, se estável, será **reconduzido** ao seu anterior cargo, sem direito a indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, colocado em disponibilidade (neste caso recebendo proporcionalmente ao seu tempo de serviço – CF, art. 41, § 2º).

A primeira hipótese, inabilitação em estágio probatório, demanda um comentário acerca do entendimento do STF.

O legislador garante ao servidor **estável** sua permanência no serviço público na hipótese de ser considerado pela Administração não apto ao exercício do novo cargo para o qual foi aprovado em concurso público.

Esta previsão decorre do fato de ser a estabilidade atributo do servidor, após o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais. O servidor não é estável em determinado cargo, mas sim no serviço público. Prova disso é que pode o cargo ocupado pelo servidor ser extinto sem que ele perca sua condição de estável, sendo, então, posto em disponibilidade remunerada (proporcionalmente) ou aproveitado em outro cargo compatível com o extinto.

O estágio probatório é que visa a avaliar a aptidão e capacidade do servidor para o desempenho de determinado cargo. Por isso, cada vez que um servidor seja nomeado para um cargo, necessita cumprir todo o período de estágio probatório a fim de ser considerado apto ao exercício daquele cargo. Caso já cumprido o estágio probatório em cargo anterior e adquirida, pelo servidor, a estabilidade no serviço público nos termos do art. 41 da CF/1988, pode ocorrer que o servidor seja considerado inapto para o exercício de novo cargo no qual tenha sido nomeado.

Nesse caso, de inabilitação do servidor estável no estágio probatório do novo cargo, será ele reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, cargo este em que fora considerado apto por ocasião da conclusão do estágio probatório anterior.

Muito bem, o instituto da recondução possibilita, p. ex., a seguinte situação:

Um Auditor-Fiscal estável da Receita Federal é aprovado no concurso de Delegado da Polícia Federal e pede vacância na Receita Federal, assumindo o cargo de Delegado. No entanto, por um dos motivos legais, após o cumprimento do período legal, é inabilitado no estágio probatório do cargo de Delegado.

Nesse caso, não há dúvida, o servidor tem assegurado o seu direito de retorno ao antigo cargo de Auditor da Receita Federal.

A grande discussão que havia, no entanto, era a seguinte: pode o servidor estável aprovado em novo concurso público, dentro do período do estágio probatório, por sua iniciativa, independentemente de sua inabilitação no estágio probatório, retornar ao antigo cargo, isto é, ser reconduzido **a pedido** ao antigo cargo?

Os defensores da tese argumentavam que se o servidor inabilitado no estágio probatório poderia ser reconduzido, com mais razão caberia tal direito àquele que, não tendo sido inabilitado, simplesmente não se adaptou ao novo cargo – e dele desistiu.

Os contrários à idéia, normalmente do seio da Administração Pública, argumentavam que essa possibilidade traria uma grande insegurança à Administração, já que tornaria possível ao servidor estável mudar de cargo ao seu inteiro alvedrio, uma vez que, não gostando do novo, saberia que poderia retornar ao antigo cargo – e isso seria prejudicial ao interesse público, já que não haveria o desejado desenvolvimento profissional do servidor num determinado cargo.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, perfilhou entendimento segundo o qual o servidor federal estável, submetido a estágio probatório em novo cargo público, caso desista de exercer a nova função, tem o direito de ser reconduzido ao cargo ocupado anteriormente no serviço público.

Considerou a Corte Suprema que o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.112/1990 autoriza a recondução do servidor estável na hipótese de desistência voluntária deste em continuar o estágio probatório, por se tratar de motivo menos danoso do que sua reprovação (RMS 22.933-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 26.6.98).

Portanto, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível ao servidor estável aprovado para outro cargo, dentro do período de estágio probatório, optar pelo retorno ao antigo cargo, se assim desejar.

Em face dessa orientação do Tribunal Maior, a Administração Pública federal terminou por editar a Súmula Administrativa AGU nº 16, de 19.06.2002, de observância obrigatória por toda Administração federal, cujo teor é o seguinte:

“O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido. Não se interporá recurso de decisão judicial que reconhecer esse direito.”

Portanto, na esfera federal, é reconhecido, também no âmbito administrativo, o direito à recondução a pedido do servidor estável que esteja em estágio probatório em um novo cargo e queira dele desistir e retornar ao cargo anterior.

5.4. Posse

O art. 7º da Lei nº 8.112/1990 estabelece que a investidura no cargo público ocorre com a posse. Só há posse nos casos de provimento de cargo por nomeação. Enquanto a nomeação é um ato unilateral da autoridade competente, mediante o qual é dado provimento a um cargo público, a **posse é um ato bilateral** por meio do qual o servidor investe-se das atribuições e responsabilidades inerentes a seu cargo.

Na verdade, antes da posse, não se pode falar em servidor, pois ainda não se aperfeiçoou o vínculo entre o nomeado e a Administração. Este vínculo configura-se justamente por meio da posse. Com a posse o nomeado torna-se servidor, aceitando as regras legais de regência de sua relação jurídica com a Administração decorrentes do cargo que passa a estar apto a exercer.

O art. 13 da Lei nº 8.112/1990 torna clara a natureza de ato bilateral da posse, determinando: “A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo,

no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.”

O prazo para o nomeado tomar posse é de trinta dias, improrrogáveis, contados da nomeação ou, no caso de servidor que se encontre em licença nesta data, do término de seu impedimento. Se o nomeado não toma posse no prazo previsto, não chega a completar-se o vínculo jurídico funcional entre ele e a Administração. Não há, portanto, como se falar em exoneração. A hipótese será simplesmente de se **tornar sem efeito** o ato de nomeação (art. 13, § 6º).

5.5. Exercício

Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança (art. 15).

O servidor tem o prazo de quinze dias, improrrogáveis, contados da data da posse, para entrar em exercício.

No caso de designação para função de confiança a regra é diversa: o início do exercício de função de confiança deve coincidir com a data de publicação do ato de designação, salvo quando o servidor estiver em licença ou afastado por qualquer outro motivo legal, hipótese em que recairá no primeiro dia útil após o término do impedimento, que não poderá exceder a trinta dias da publicação (art. 15, § 4º). A designação para função de confiança será tornada sem efeito quando o servidor não entrar em exercício no prazo legal.

Embora o agente torne-se servidor público a partir da posse, somente com o exercício formar-se-ão as relações jurídicas entre ele e a Administração que tenham por base o tempo de efetivo desempenho das atribuições do cargo. É a partir da data em que o servidor entra em exercício que começam a contar os prazos para todos os seus direitos relacionados ao tempo de serviço, como, por exemplo, o gozo de férias, a percepção de remuneração, o cálculo da gratificação natalina proporcional, a aquisição da estabilidade etc.

Como o nomeado passa a ser servidor a partir da posse, na hipótese de ele não entrar em exercício dentro do prazo legal, ocorrerá sua **exoneração**, ou seja, será desfeito o vínculo jurídico formado entre ele e a Administração por ocasião da posse.

A jornada de trabalho dos servidores federais deverá respeitar a duração máxima semanal de quarenta horas, observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias. Estes limites não são aplicáveis à duração de trabalho estabelecida em leis especiais (servidores que traba-

lham em regime de plantão, que exercem atividades especialmente penosas ou insalubres etc.).

5.6. Estágio probatório

O art. 20 da Lei nº 8.112/1990, com a redação dada pela MP nº 431/2008, estatui (grifamos):

“Art. 20. Ao entrar em **exercício**, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de **trinta e seis meses** durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, **observados os seguintes fatores**:

- I – assiduidade;
- II – disciplina;
- III – capacidade de iniciativa;
- IV – produtividade;
- V – responsabilidade.”

Não se deve confundir aprovação em estágio probatório com aquisição de estabilidade.

O estágio probatório visa a avaliar a aptidão do servidor para o exercício de um determinado cargo. Sempre que o servidor tomar posse e entrar em exercício em um novo cargo efetivo, será submetido ao estágio probatório, não importa quantos anos de exercício o servidor tenha prestado em outros cargos do mesmo ou de outro ente da Federação. É, portanto, possível (e comum) que um servidor estável seja submetido a estágio probatório. Existe, como já vimos, a possibilidade de o servidor estável ser considerado inapto para o exercício do novo cargo em que haja tomado posse (ou seja, que o servidor estável seja inabilitado no estágio probatório), devendo, então, ser reconduzido ao cargo que ele anteriormente ocupava.

Já a estabilidade, em regra, é adquirida uma única vez pelo servidor na Administração Pública de um mesmo ente federado. O servidor é estável no serviço público (de um ente federado) e não em um cargo determinado. Assim, tomando a Administração Pública federal como exemplo, uma vez aprovado em concurso público para cargo efetivo, tendo sido nomeado e empossado, o servidor adquirirá estabilidade em três anos de efetivo exercício, desde que seja aprovado em avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (CF, art. 41, *caput*, e § 4º). Se, depois disso, o mesmo servidor prestar concurso para outro cargo federal, for nomeado e tomar posse, ele já inicia o exercício desse novo cargo como um servidor

estável. Não obstante, estará sujeito ao estágio probatório de 36 meses de que trata o art. 20 da Lei nº 8.112/1990, como qualquer outro servidor que inicie o exercício desse cargo.

Em síntese, embora, na esfera federal, coincidam o prazo de estágio probatório e o de estabilidade (a rigor, os prazos não são idênticos, porque a estabilidade é adquirida em três anos, ao passo que o estágio probatório dura 36 meses), são eles institutos distintos, com finalidades diversas, sendo certo que, mesmo estável, o servidor deverá cumprir e ser aprovado em estágio probatório toda vez que ingressar em um novo cargo público efetivo.

Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do art. 20 da Lei nº 8.112/1990, acima transcritos. O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, como já estudado.

Deve-se observar que a inabilitação no estágio probatório não acarreta penalidade para o servidor, mas simplesmente sua exoneração. Vale dizer, declarar o servidor inabilitado no estágio probatório significa tão-somente afirmar que ele não possui aptidão para o exercício **daquele** cargo (tanto é assim que se ele for estável, pode ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado). O servidor inabilitado não cometeu qualquer infração de natureza grave, caso em que a hipótese seria de demissão.

Apesar de ser pacífico não possuir a exoneração caráter punitivo, o Supremo Tribunal Federal entende que a exoneração do servidor em decorrência de inabilitação em estágio probatório deve ser precedida do devido processo legal (não se trata de um processo administrativo disciplinar completo e determinado, como o descrito na Lei nº 8.112/1990 para a apuração de infrações e aplicação de penalidades) em que lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. Esse entendimento decorre do fato evidente de que a Administração estará acusando o servidor de não ter atendido um ou alguns dos requisitos essenciais de disciplina, responsabilidade, assiduidade, produtividade ou capacidade de iniciativa e, portanto, deve-se assegurar ao servidor oportunidade de demonstrar que efetivamente cumpriu satisfatoriamente todos os requisitos e que está sendo vítima de perseguição, que houve algum erro de avaliação, ou outra defesa qualquer que possa demonstrar que sua inabilitação foi indevida.

Em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que o estágio probatório não protege o servidor na hipótese de extinção do cargo, ou seja, se o cargo for extinto o servidor em estágio probatório será exonerado.

O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade em que se encontra lotado. Diversamente, para poder ser cedido a outro órgão ou entidade, o servidor em estágio probatório deverá ter sido nomeado para cargo de natureza especial ou para cargos em comissão dos níveis mais elevados da Administração federal (DAS 4, 5 ou 6).

5.7. Vacância

A Lei nº 8.112/1990 refere-se a vacância como as hipóteses em que o servidor desocupa o seu cargo, tornando-o passível de ser preenchido por outra pessoa. A vacância pode acarretar rompimento definitivo do vínculo jurídico entre o servidor e a Administração, como ocorre nas hipóteses de exoneração, demissão e falecimento, ou pode simplesmente alterar esse vínculo ou fazer surgir um novo, de diversa natureza ou sob novo fundamento, como ocorre nas hipóteses de promoção, readaptação, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável.

As hipóteses de vacância enumeradas na Lei nº 8.112/1990 encontram-se nos incisos do art. 33 e são as seguintes:

- (1) exoneração;
- (2) demissão;
- (3) promoção;
- (4) readaptação;
- (5) aposentadoria;
- (6) posse em outro cargo inacumulável;
- (7) falecimento.

Como podemos observar, há hipóteses de vacância que implicam, simultaneamente, o provimento de novo cargo pelo servidor e há hipóteses que não se relacionam a provimento de outro cargo.

Ocorrem simultaneamente vacância e provimento nos casos de **promoção, readaptação e posse em outro cargo inacumulável**. Nas demais hipóteses ocorre apenas vacância. Cabe, ainda, observarmos que, se um servidor estável for inabilitado em estágio probatório (relativo a um novo cargo, no qual ele tenha ingressado quando já era estável no serviço público), proceder-se-á à sua recondução, hipótese em que ocorrerá o provimento, por ele, do cargo anteriormente ocupado, salvo se esse cargo encontrar-se provido, caso em que o servidor ficará em disponibilidade até seu ulterior aproveitamento.

Sobre a exoneração, a lei arrola as seguintes possibilidades de que ela ocorra:

- a) para o servidor ocupante de cargo efetivo poderá ser:
 - (1) a pedido;
 - (2) de ofício, em decorrência de:
 - (2.1) inabilitação em estágio probatório (se o servidor for não estável, será exonerado; se for estável, será reconduzido);
 - (2.2) o servidor não entrar em exercício no prazo legal após a posse.
- b) para o servidor em cargo comissionado poderá ser:
 - (1) a pedido;
 - (2) de ofício, livremente, a juízo da autoridade competente (exoneração *ad nutum*).

Embora a Lei não mencione, haverá, também, exoneração:

- (1) quando for extinto cargo ocupado por servidor não estável (se o servidor for estável, será posto em disponibilidade);
- (2) na hipótese de reintegração, quando o cargo em que deva ser reintegrado o servidor encontrar-se ocupado por servidor não estável (esse servidor não estável será exonerado; se o cargo estivesse ocupado por servidor estável, seria ele reconduzido);
- (3) por insuficiência de desempenho (é hipótese de exoneração de servidor estável, prevista no art. 41, § 1º, III, da CF/1988);
- (4) por excesso de despesa com pessoal (é a outra hipótese de exoneração de ofício de servidor estável, plasmada no art. 169, § 4º, da CF/1988).

5.8. Remoção

A denominada remoção **não** constitui forma de provimento. Trata-se, o instituto da remoção, do deslocamento do servidor para exercer suas atividades em outra unidade do mesmo quadro, ou seja, o servidor permanece no seu mesmo cargo, sem qualquer alteração a esse respeito. A remoção pode implicar, ou não, mudança na localidade de exercício do servidor. O servidor pode, simplesmente, ser removido da Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre para a Inspeção da Receita Federal, também em Porto Alegre. Diversamente, o servidor pode ser removido da Delegacia da Receita Federal em Manaus para a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro.

A remoção pode ocorrer **de ofício** ou **a pedido**.

A remoção de ofício será sempre determinada no interesse da Administração e, em tese, independe da vontade do servidor removido.

A remoção a pedido pode ocorrer a critério da Administração ou pode, em algumas hipóteses, a Administração ser **obrigada** a conceder a remoção ao servidor que a requeira. Esse último caso corresponde à denominada remoção a pedido independentemente do interesse da Administração.

O primeiro ponto digno de nota é a existência de remoção a pedido independentemente do interesse da Administração somente nos casos de alteração na localidade de exercício do servidor. Repita-se, não existe remoção a pedido independentemente do interesse da Administração sem mudança de sede.

A remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração, pode ocorrer nas seguintes hipóteses legais (Lei nº 8.112/1990, art. 36, III):

- a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, servidor público ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;
- b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;
- c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Deve-se enfatizar que remoção **não** é sinônimo de **transferência**. A transferência era forma de provimento (a remoção não é forma de provimento), prevista originalmente no art. 8º, IV, da Lei nº 8.112/1990, consistente na passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder. A forma de provimento transferência foi declarada inconstitucional pelo STF (ADI 231, ADI 837) e, posteriormente, foi expressamente **revogada** pela Lei nº 9.527/1997.

Por fim, é oportuno registrar que a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cujo escopo é a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, instituiu, em seu art. 9º, § 2º, inciso I, regra específica, segundo a qual, “o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, **acesso prioritário à remoção** quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta”. Essa regra é válida para todas as esferas da Federação. A nosso ver, a aplicação prática do dispositivo poderá trazer dificuldades operacionais para a Administração envolvida, as quais certamente deverão ser resolvidas pelo próprio juiz que tenha determinado sua observância.

5.9. Redistribuição

Redistribuição é definida no art. 37 da Lei nº 8.112/1990 como “o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder”. Como vemos, redistribuição também **não** é forma de provimento. Ocorre deslocamento do cargo, esteja ou não ocupado, para outro órgão ou entidade, e não preenchimento de um cargo preexistente nesse órgão ou entidade. Deve-se observar, também, que, no caso de redistribuição de cargo ocupado, **não** é necessário que o servidor ocupante seja **estável**.

A redistribuição deve ser previamente apreciada pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil (SIPEC) e possui os seguintes pressupostos:

- I – interesse da administração;
- II – equivalência de vencimentos;
- III – manutenção da essência das atribuições do cargo;
- IV – vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;
- V – mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;
- VI – compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

É importante notar que a redistribuição somente existe *ex officio*. Não seria razoável imaginarmos um servidor pedindo para seu cargo ser deslocado para outro órgão ou entidade!

A redistribuição é uma técnica que permite à Administração adequar seus quadros às reais necessidades de serviço de seus órgãos ou entidades. Permite, também, o remanejamento de cargos nas hipóteses de extinção ou criação de órgãos ou entidades. Em suma, a redistribuição confere um certo grau de mobilidade ou de flexibilidade à Administração na organização de seus recursos, sendo uma possibilidade importante, tendo em vista a rigidez decorrente de regras como a estabilidade dos servidores públicos (a Administração não pode simplesmente exonerar todos os servidores de um órgão quando o extingue, como ocorre nas empresas na iniciativa privada).

Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, o servidor **estável** que tenha seu cargo extinto ou declarado desnecessário, não sendo redistribuído, será colocado em **disponibilidade**, com proventos proporcionais, até seu **aproveitamento**. Alternativamente, o servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter **exercício provisório**, em outro órgão ou entidade, até

seu adequado aproveitamento. Essa hipótese de exercício provisório será, via de regra, mais interessante para a Administração, uma vez que o servidor não permanece em inatividade remunerada, e para o servidor, tendo em vista o fato de a remuneração da disponibilidade ser proporcional ao tempo de serviço.

5.10. Direitos e vantagens dos servidores públicos civis federais

5.10.1. Vencimento e remuneração

A percepção de remuneração como contraprestação dos serviços prestados à Administração é um direito dos servidores públicos. A Lei nº 8.112/1990, em seu art. 4º, proíbe a prestação de serviços gratuitos à Administração, salvo na hipótese de expressa previsão legal.

Como já mencionamos, sempre existiu, e ainda há, uma grande confusão terminológica no que concerne às parcelas integrantes da contraprestação pecuniária a que fazem jus os servidores públicos. A própria Constituição de 1988, em vez de aclarar os conceitos, perpetuou a imprecisão, ora referindo-se a vencimento, ora a vencimentos, ou, ainda, a remuneração.

A doutrina costuma entender vencimento como a parcela básica (há leis que se referem a vencimento básico) prevista em lei como estipêndio correspondente a cada cargo público. Autores como Hely Lopes Meirelles denominam vencimentos (no plural) a soma do vencimento (no singular, significando vencimento básico) com as vantagens permanentes a que faz jus o servidor. Já o conceito de remuneração varia bastante, sendo às vezes usado em sentido amplo, às vezes em sentido estrito, neste caso como sinônimo de vencimentos.

Não pretendemos estabelecer uma conceituação definitiva, nem consideramos isso possível. Ater-nos-emos, no presente tópico, às definições expressas na Lei nº 8.112/1990, mencionando, ainda, alguns dispositivos da Lei nº 8.852/1994.

O art. 40 da Lei nº 8.112/1990 define “vencimento” como a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. Por sua vez, o art. 41 da Lei nº 8.112/1990 conceitua “remuneração” como a soma do vencimento com as vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei. A **remuneração** não pode ser inferior a um salário mínimo (art. 41, § 5º).

A Lei nº 8.112/1990 não se refere a “vencimentos” (no plural) como uma expressão com significado próprio.

A Lei nº 8.852/1994 (art. 1º, inciso I) chama de “vencimento básico” aquilo que a Lei nº 8.112/1990 conceitua como “vencimento”. Mas a Lei nº 8.852/1994 também usa a expressão “vencimento básico” para definir o

“soldo” dos militares e o “salário básico” recebido pelos empregados públicos (que têm relação de emprego, contratual, não estatutária, com a Administração Pública, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista).

A mesma Lei nº 8.852/1994 (art. 1º, inciso II) denomina “vencimentos” (no plural) “a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação”. Por fim, chama de “remuneração” (art. 1º, inciso III) “a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens”, excluindo, entretanto, uma extensa lista de adicionais e vantagens.

Apenas para lembrar, “provento” é a prestação pecuniária recebida pelo servidor inativo.

A Lei nº 8.112/1990 confere grande proteção à remuneração (e aos proventos), em razão do caráter alimentício que esta possui. Por esse motivo, veda a incidência de quaisquer descontos sobre a remuneração, a menos que estejam previstos em lei ou decorram de mandado judicial (art. 45).

Além dessa garantia, a Lei nº 8.112/1990 assegura que a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial (art. 48). Portanto, se um servidor público estiver sofrendo execução judicial em razão de inadimplemento de dívida não-alimentícia, deverá ser efetuada a penhora, ou outros procedimentos assecuratórios da execução, sobre seus bens penhoráveis e, se o servidor não possuir bens penhoráveis, a execução será frustrada, uma vez que sua remuneração está protegida pela lei.

5.10.2. *Vantagens*

A Lei nº 8.112/1990 denomina vantagens, de forma genérica, qualquer valor recebido pelo servidor que não se enquadre na definição de vencimento. As denominadas vantagens podem ou não integrar o conceito de remuneração. Como vimos, integram a remuneração as vantagens pecuniárias **permanentes** estabelecidas em lei (na verdade essa última condição é redundante, pois um servidor jamais poderia receber dos cofres públicos prestações pecuniárias que não estivessem previstas em lei).

Conforme o art. 49 da Lei nº 8.112/1990, as vantagens dividem-se em:

- (1) indenizações;
- (2) gratificações; e
- (3) adicionais.

As indenizações, em nenhuma hipótese, integram o conceito de remuneração. Já os adicionais e as gratificações podem, ou não, fazer parte da remuneração. São remuneração as vantagens que forem permanentes.

As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito. As gratificações e os adicionais podem incorporar-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

5.10.2.1. Indenizações

As indenizações estão enumeradas no art. 51 da Lei nº 8.112/1990. Como já afirmamos, as indenizações não fazem parte da remuneração, conforme definida nessa lei. As indenizações geralmente possuem caráter eventual e são devidas ao servidor em situações nas quais ele necessitou efetuar alguma despesa para desempenhar suas atribuições. As indenizações, por isso, visam a recompor o patrimônio do servidor que sofreu uma redução em decorrência do regular exercício de suas funções.

A Lei nº 8.112/1990 arrola quatro espécies de indenizações:

a) Ajuda de custo (arts. 53 a 57)

A ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que, **no interesse do serviço**, passar a ter exercício em nova sede, com mudança de domicílio em **caráter permanente**. Além do valor pago a título de ajuda de custo decorrente da mudança do servidor para um novo domicílio, a Administração assume as despesas de transporte do servidor e de sua família, compreendendo passagem, bagagem e bens pessoais.

O valor pago a título de ajuda de custo é calculado sobre a remuneração do servidor não podendo exceder a importância correspondente a 3 meses de remuneração. O servidor ficará obrigado a restituir a ajuda de custo quando, injustificadamente, não se apresentar na nova sede no prazo de 30 dias.

b) Diárias (arts. 58 e 59)

O servidor que, a serviço, afastar-se da sede em **caráter eventual ou transitório** para outro ponto do território nacional ou para o exterior, fará jus a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinárias com pousada, alimentação e locomoção urbana.

É importante notar que as diárias somente são devidas ao servidor quando o deslocamento é de caráter **eventual**. O § 2º do art. 58 deixa claro que nos casos em que o deslocamento da sede constituir exigência permanente do cargo, o servidor não fará jus a diárias.

O servidor que receber diárias e não se afastar da sede, por qualquer motivo, fica obrigado a restituí-las integralmente, no prazo de 5 dias. Se o afastamento do servidor durar menos tempo do que o originalmente previsto, ele deverá restituir as diárias recebidas em excesso, no prazo de 5 dias.

Cabe registrar que a concessão e o pagamento de diárias, na esfera federal, estão regulamentados pelo Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, alterado pelo Decreto nº 6.258, de 19 de novembro de 2007.

c) Indenização de transporte (art. 60)

A indenização de transporte é devida ao servidor que realiza serviços externos utilizando meio de transporte **próprio**. As despesas que o servidor efetua para deslocar-se no exercício de suas atribuições são a ele ressarcidas por meio dessa indenização, que geralmente é paga por dia de deslocamento. Dá ensejo a essa indenização, por exemplo, a realização de visita a estabelecimentos comerciais realizada por fiscais de tributos em que eles utilizem seus próprios veículos para transportar-se.

d) Auxílio-moradia (art. 60-A a art. 60-E)

O auxílio-moradia, acrescentado à Lei nº 8.112/1990 pela Lei nº 11.355/2006, consiste no ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo servidor com aluguel de moradia ou com meio de hospedagem administrado por empresa hoteleira, no prazo de um mês após a comprovação da despesa pelo servidor (art. 60-A).

Ele só será pago a servidor que tenha se mudado do local de residência para ocupar cargo em comissão ou função de confiança do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 4, 5 e 6, de Natureza Especial, de Ministro de Estado ou equivalentes.

O art. 60-B da Lei nº 8.112/1990 estabelece, além da exigência descrita no parágrafo anterior, uma série de requisitos para que o servidor faça jus a essa indenização, merecendo menção a exigência de que não exista imóvel funcional disponível para uso pelo servidor, de que seu cônjuge ou companheiro não ocupe imóvel funcional, de que nenhuma outra pessoa que resida com o servidor receba auxílio-moradia e de que o deslocamento **não tenha sido** por força de alteração de lotação ou nomeação para cargo efetivo. É mister registrar, ainda, que a Medida Provisória nº 341, de 29 de dezembro de 2006, convertida na Lei nº 11.490, de 20 de junho de 2007, acrescentou inciso a esse art. 60-B, estatuinto que o auxílio-moradia só se aplica aos deslocamentos que tenham ocorrido após 30 de junho de 2006.

O auxílio-moradia não será concedido por prazo superior a oito anos dentro de cada período de doze anos (art. 60-C).

O valor mensal do auxílio-moradia, em regra, é limitado a vinte e cinco por cento do valor do cargo em comissão, função comissionada ou cargo de Ministro de Estado ocupado, não podendo, em qualquer caso, superar vinte e cinco por cento da remuneração de Ministro de Estado.

Independentemente do valor do cargo em comissão ou função comissionada, entretanto, é garantido o ressarcimento mensal de até R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) ao servidor que fizer jus ao auxílio-moradia (art. 60-D).

Exemplificando, se a remuneração do cargo em comissão ocupado pelo servidor for de R\$ 6.000,00, em vez de se aplicar o limite de vinte e cinco por cento do valor dessa remuneração (que representaria R\$ 1.500,00), será assegurado ao servidor o ressarcimento das despesas pertinentes ao auxílio-moradia comprovadas até o valor de R\$ 1.800,00.

No caso de falecimento, exoneração, colocação de imóvel funcional à disposição do servidor ou aquisição de imóvel, o auxílio-moradia continuará sendo pago por um mês (art. 60-E).

5.10.2.2. Gratificações e adicionais

As gratificações e adicionais a que fazem jus os servidores públicos civis federais estão enumerados no art. 61 da Lei nº 8.112/1990. A lista não é taxativa (*numerus clausus*), isto é, existem outras gratificações e adicionais, previstos em lei, além dos arrolados no referido dispositivo. São os seguintes as gratificações e adicionais disciplinados na Lei nº 8.112/1990:

a) retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

A lei determina que o servidor ocupante de cargo efetivo investido em função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial receba uma retribuição pelo seu exercício. Portanto, o servidor ocupante de cargo efetivo, nomeado para cargo em comissão, ficará afastado de seu cargo efetivo mas receberá, além da remuneração deste, uma retribuição pelo desempenho do cargo comissionado. A remuneração dos cargos em comissão deve ser estabelecida em lei específica.

b) gratificação natalina;

A gratificação natalina equivale ao décimo terceiro salário dos trabalhadores regidos pela CLT. A gratificação natalina corresponde a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês

de exercício no respectivo ano, sendo fração igual ou superior a 15 (quinze) dias considerada como mês integral para efeito de cálculo (art. 63).

Assim, por exemplo, se o servidor entra em exercício no dia 10 de setembro e sua remuneração em dezembro for de R\$ 6.000,00, sua gratificação natalina será de 4/12 de R\$ 6.000,00, ou seja, R\$ 2.000,00.

c) adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

O adicional de **insalubridade** é devido ao servidor que, em razão de suas funções, está em constante contato com substâncias ou elementos que podem, em longo prazo, provocar deterioração de sua saúde, como, por exemplo o servidor que trabalha com raios X.

O adicional de **periculosidade** é pago ao servidor que coloca em risco sua integridade física em razão do exercício de suas funções, como, por exemplo, o trabalhador que trabalha em redes de alta tensão.

Os adicionais de insalubridade e de periculosidade não podem ser recebidos cumulativamente. O § 1º do art. 68 da Lei nº 8.112/1990 determina que o servidor que fizer jus a ambos os adicionais deverá optar por um deles.

A Lei nº 8.270/1991, em seu art. 12, complementa as disposições da Lei nº 8.112/1990 acerca dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Dispõe esse dispositivo que os servidores federais fazem jus a tais adicionais “nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral” e que os percentuais serão de “cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente”, e de “dez por cento, no de periculosidade”. Por fim, o § 3º do artigo em comento determina que os percentuais “incidem sobre o vencimento do cargo efetivo”.

O adicional de **penosidade** está relacionado à localidade em que o servidor é lotado. O art. 71 da lei determina o seu pagamento aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida (penosas) o justifiquem.

Cabe mencionar que há quem entenda que esse adicional de penosidade não mais existe. Segundo essa interpretação, o art. 71 da Lei nº 8.112/1990 teria sido tacitamente revogado pelo art. 17 da Lei nº 8.270/1991, porque este, posterior àquele, regulou inteiramente a matéria (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC). Com efeito, veja-se a redação do art. 17 da Lei nº 8.270/1991:

“Art. 17. Será concedida gratificação especial de localidade aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localida-

des cujas condições de vida o justifiquem, conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo no prazo de trinta dias.”

Ocorre que o art. 17 da Lei nº 8.270/1991 foi expressamente revogado pelo art. 2º da Lei nº 9.527/1997, fato que, evidentemente, não teria o condão de restaurar a vigência do art. 71 da Lei nº 8.112/1990 – se se entender que este foi mesmo tacitamente revogado pelo art. 17 da Lei nº 8.270/1991 –, uma vez que, no Brasil, não se admite a denominada repristinação tácita (art. 2º, § 3º, da LICC: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”).

Entendemos que essa interpretação é a mais consentânea com nosso Direito positivo. A circunstância de o art. 71 da Lei nº 8.112/1990 chamar de “adicional” o acréscimo pecuniário de que ele trata e o art. 17 da Lei nº 8.270/1991 denominar “gratificação” a vantagem por ele concedida é, a nosso ver, inteiramente irrelevante para o fim de determinar a natureza jurídica de um e outra. Trata-se de parcela pecuniária de mesma natureza, concedida em razão de idêntico fundamento: ter o servidor público federal “exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem”. Assim, pensamos que o dispositivo posterior efetivamente revogou o anterior, por regular inteiramente a matéria. Por isso, com a revogação expressa do art. 17 da Lei nº 8.270/1991, simplesmente não restou, em nosso ordenamento jurídico, nenhum preceito legal estabelecendo vantagem pecuniária cujo fundamento seja ter o servidor público federal “exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem”.

d) adicional pela prestação de serviço extraordinário;

O serviço extraordinário é aquele exercido além da jornada normal de trabalho (hora extra). A Lei nº 8.112/1990 determina que o serviço extraordinário seja remunerado com acréscimo de 50% em relação à hora normal de trabalho (art. 73). Para evitar que o exercício de serviço extraordinário acabe constituindo uma forma de o servidor aumentar sua remuneração, a lei estabelece que ele somente será admitido para atender a situações excepcionais e temporárias. Além disso, o limite máximo de horas extras permitido é de 2 horas por jornada (art. 74).

e) adicional noturno (art. 75);

O adicional noturno é devido pela prestação de serviço no horário compreendido entre 22 horas de um dia e 5 horas da manhã do dia seguinte. O servidor que presta serviço noturno recebe, a título de adicional noturno, 25% de acréscimo sobre o valor da hora paga pelo mesmo serviço exercido

em horário diurno. Além disso, considera-se uma hora de serviço noturno o período de cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

O adicional de serviço noturno é calculado cumulativamente com o adicional de serviço extraordinário. Assim, se o serviço noturno for extraordinário (estiver além da jornada diária normal do servidor), o acréscimo de 25% será calculado sobre a remuneração já aumentada em 50% correspondentes ao adicional por serviço extraordinário. Exemplificando, se a hora de trabalho do servidor é normalmente remunerada em R\$ 24,00, esse servidor receberia R\$ 36,00 pelo exercício de serviço extraordinário. Se o serviço extraordinário for exercido em horário noturno, a hora (de 52 minutos e meio) será remunerada em R\$ 45,00 (R\$ 36,00 + 25% de R\$ 36,00).

f) adicional de férias;

O adicional de férias está disciplinado no art. 76 da Lei nº 8.112/1990. Sua base é constitucional, estando previsto no art. 7º, XVII, da Carta Política. O adicional corresponde a 1/3 (um terço) da remuneração do período das férias. No caso de o servidor exercer função de direção, chefia ou assessoramento, ou ocupar cargo em comissão, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional.

g) gratificação por encargo de curso ou concurso.

A “gratificação por encargo de curso ou concurso” está prevista no art. 76-A da Lei nº 8.112/1990, inteiramente acrescentado pela Medida Provisória nº 283, de 23 de fevereiro de 2006, convertida na Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006. Posteriormente, sofreu pequenas modificações com a edição da Medida Provisória nº 359, de 16 de março de 2007, convertida na Lei nº 11.501, de 11 de julho de 2007, já incorporadas, no que pertinente, ao texto abaixo. O pagamento dessa gratificação foi regulamentado pelo Decreto nº 6.114, de 15 de maio de 2007.

Essa gratificação é devida ao servidor que, **em caráter eventual**:

- I – atuar como instrutor em curso de formação, de desenvolvimento ou de treinamento regularmente instituído no âmbito da administração pública federal;
- II – participar de banca examinadora ou de comissão para exames orais, para análise curricular, para correção de provas discursivas, para elaboração de questões de provas ou para julgamento de recursos intentados por candidatos;
- III – participar da logística de preparação e de realização de concurso público envolvendo atividades de planejamento, coordenação, supervisão, execução e avaliação de resultado, quando tais atividades não estiverem incluídas entre as suas atribuições permanentes;

- IV – participar da aplicação, fiscalizar ou avaliar provas de exame vestibular ou de concurso público ou supervisionar essas atividades.

Os critérios de concessão e os limites da gratificação serão fixados em regulamento, mas o texto legal, desde logo, estabelece alguns parâmetros, por exemplo, determinando que o valor da gratificação será calculado em horas e que o servidor não poderá receber mais do que 120 horas de trabalho por ano, “ressalvada situação de excepcionalidade, devidamente justificada e previamente aprovada pela autoridade máxima do órgão ou entidade, que poderá autorizar o acréscimo de até 120 (cento e vinte) horas de trabalho anuais”. Além disso, a própria lei estipula valores máximos para a hora trabalhada.

A gratificação somente será paga se as atividades referidas acima forem exercidas sem prejuízo das atribuições do cargo de que o servidor for titular, devendo ser objeto de compensação de carga horária quando desempenhadas durante a jornada de trabalho. Nos termos do art. 8º do Decreto nº 6.114/2007, “as horas trabalhadas em atividades inerentes a cursos, concursos públicos ou exames vestibulares, quando desempenhadas durante a jornada de trabalho, deverão ser compensadas no prazo de até um ano”. Será concedido horário especial, vinculado à compensação de horário a ser efetivada no prazo de até um ano, ao servidor que desempenhe atividade prevista nos incisos I e II, acima transcritos.

A “gratificação por encargo de curso ou concurso” não se incorpora ao vencimento ou salário do servidor para qualquer efeito e não poderá ser utilizada como base de cálculo para quaisquer outras vantagens, inclusive para fins de cálculo dos proventos da aposentadoria e das pensões.

5.10.3. *Férias*

O gozo de férias anuais remuneradas é um direito previsto no art. 7º, inciso XVII, da Constituição de 1988. A Lei nº 8.112/1990 trata das férias dos servidores públicos civis em seus arts. 77 a 80.

O servidor faz jus a trinta dias de férias anuais. As férias poderão ser parceladas em até três etapas, desde que assim requeridas pelo servidor. O parcelamento, entretanto, é ato discricionário da Administração, que deferirá o requerimento do servidor conforme sua avaliação de oportunidade e de conveniência para o serviço. Em caso de parcelamento, o servidor receberá o valor do adicional de férias por ocasião da fruição do primeiro período.

As férias podem ser acumuladas, até o máximo de **dois** períodos, no caso de necessidade do serviço. Como se vê, a regra é a fruição das férias no próprio exercício a que se refiram. Somente por necessidade do serviço

poderão ser acumuladas, até o máximo de dois períodos. Acumulando o servidor **mais de dois** períodos de férias, perderá o direito àqueles excedentes.

Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos 12 meses de exercício (art. 77, § 1º), vedando a lei que se leve à conta de férias qualquer falta ao serviço (art. 77, § 2º). A partir do segundo período, as férias passam a ser concedidas **por exercício** (não se exigindo mais o cumprimento de período aquisitivo de 12 meses para a sua fruição).

Ex. 1: Caso o servidor entre em exercício no primeiro dia do mês de novembro de 2000, somente completará seu primeiro período aquisitivo no último dia do mês de outubro de 2001. Suas primeiras férias serão, portanto, relativas ao exercício de 2001 (ano em que se completou o primeiro período aquisitivo). A partir daí, seus períodos de férias serão **por exercício**, independentemente do cumprimento do interstício de 12 meses. Logo, a partir de 01/01/2002 já fará jus às férias referentes ao exercício de 2002; a partir de 01/01/2003, às férias de 2003, e assim sucessivamente.

Ex. 2: Caso o servidor entre em exercício no primeiro dia de fevereiro de 2001, somente completará seu primeiro período aquisitivo no último dia do mês de janeiro de 2002. Suas primeiras férias serão, portanto, relativas ao exercício de 2002 (ano em que se completou o primeiro período aquisitivo). A partir daí, seus períodos de férias serão **por exercício**. Logo, somente terá direito a novo período de férias a partir de 01/01/2003 (referente ao exercício de 2003); a partir de 01/01/2004, (referente ao exercício de 2004), e assim sucessivamente.

O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 dias antes do início do respectivo período (art. 78).

Caso o servidor seja exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, fará jus à percepção de indenização relativa ao período das férias a que tiver direito (férias vencidas) e ao incompleto (férias proporcionais), na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias. Essa indenização será calculada com base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório.

As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade (art. 80).

5.10.4. *Licenças*

a) Licença por Motivo de Doença em Pessoa da Família

O art. 83 da Lei nº 8.112/1990 prevê a concessão de licença ao servidor por motivo de doença, mediante comprovação por junta médica oficial, que acometa seu(s):

- 1) cônjuge ou companheiro;
- 2) pais;
- 3) filhos;
- 4) padrasto ou madrasta e enteado;
- 5) dependente que viva às expensas do servidor e conste do seu assentamento funcional.

A licença somente será concedida se o servidor comprovar ser indispensável sua assistência direta e essa não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário. É vedado ao servidor o exercício de atividade remunerada durante o período da licença.

O período máximo de licença é de 150 dias.¹⁷ Durante os primeiros trinta dias, a licença será remunerada. Os trinta dias seguintes poderão ser de licença remunerada, dependendo dessa prorrogação de parecer de junta médica oficial. Os restantes noventa dias em nenhuma hipótese serão remunerados.

O período de licença remunerada é contado como tempo de serviço apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103, II). O período de licença não remunerada não é contado como tempo de serviço.

b) Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge

Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração e o período de fruição não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.

A Lei nº 8.112/1990 prevê a possibilidade de exercício provisório em órgão ou entidade da Administração federal direta, autárquica ou fundacional, para o cônjuge ou companheiro que também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal

¹⁷ Temos notícia de que há órgãos administrativos que defendem interpretação segundo a qual o art. 83 da Lei nº 8.112/1990, em sua redação atual, permitiria um prazo máximo total de 90 dias para a licença em comento. Discordamos veementemente dessa interpretação. A redação atual do art. 83 da Lei nº 8.112/1990 foi dada pela Lei nº 9.527/1997, a qual resultou da conversão da MP nº 1.595-14/1997. A leitura da redação que a MP 1.595-14/1997 conferia ao art. 83 da Lei nº 8.112/1990 permite inferir que está incorreto o entendimento proposto pelos aludidos órgãos administrativos. A nosso ver, de todo o histórico desse dispositivo, resulta claro que deve ser somado o período de licença remunerada ao período de licença não remunerada para se chegar ao prazo máximo total de licença (atualmente, 60 dias, no máximo, de licença remunerada mais 90 dias, no máximo, de licença não remunerada).

e dos municípios, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo.

c) Licença para o Serviço Militar

Ao servidor convocado para o serviço militar será concedida licença, na forma e condições previstas na legislação específica. Concluído o serviço militar, o servidor terá até 30 dias, sem remuneração, para reassumir o exercício do cargo. O período de licença é considerado como de efetivo exercício (art. 102, VIII, “f”).

d) Licença para Atividade Política

A licença para atividade política é concedida ao servidor nas seguintes condições:

- 1) sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral. Esse período não é computado como tempo de serviço;
- 2) com a remuneração do cargo efetivo, a partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição. A remuneração somente será paga pelo período de três meses. Caso o período entre o registro da candidatura e o décimo dia seguinte ao da eleição supere três meses, o servidor poderá permanecer de licença, mas sem direito à remuneração. Esse período de licença será computado como tempo de serviço apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103, III).

e) Licença para Capacitação

Após cada cinco anos de efetivo exercício, **não** acumuláveis, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional.

A concessão dessa licença é ato discricionário da Administração. Como os períodos não são acumuláveis, não é possível, por exemplo, o servidor, após dez anos de exercício, realizar um curso de seis meses. Essa licença não pode ser concedida para o servidor que esteja em estágio probatório (art. 20, § 4º).

Pode-se afirmar que essa licença veio, de certa forma, substituir a licença-prêmio por assiduidade, não mais existente para os servidores regidos pela Lei nº 8.112/1990. A concessão da licença-prêmio era ato vinculado, a ela fazendo jus todos os servidores que preenchessem os requisitos da lei.

O Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006 – especialmente as disposições constantes de seu art. 10 –, regulamenta a “licença para capacitação” ora em comento.

O período de licença para capacitação é considerado como de efetivo exercício para efeito de contagem do tempo de serviço, nos termos do art. 102, VIII, “e”, da Lei nº 8.112/1990.

f) Licença para Tratar de Interesses Particulares

Ao servidor ocupante de cargo efetivo, **que não esteja em estágio probatório**, poderá ser concedida licença não remunerada para tratar de assuntos particulares. A licença poderá durar até três anos e pode ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço (Lei nº 8.112/1990, art. 91, com a redação dada pela MP nº 2.225-45/2001).

A concessão dessa licença é ato inteiramente discricionário, podendo, mesmo após concedida, ser interrompida no interesse da Administração, como acima visto. O período de licença, evidentemente, não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.

g) Licença para o Desempenho de Mandato Classista ou para participar de Administração em Cooperativa de Servidores Públicos

O servidor tem direito a essa licença, **sem remuneração**, para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional, sindicato representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão. A licença somente será concedida se o servidor houver sido eleito para cargos de direção ou representação e se a entidade estiver cadastrada no órgão competente. A MP nº 210, de 31.08.2004, convertida na Lei nº 11.094, de 13.01.2005, acrescentou a hipótese de concessão de licença para participar de gerência ou administração em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos para prestar serviços a seus membros.

A licença terá duração igual à do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, por uma única vez. O tempo de fruição da licença é computado como de efetivo exercício para todos os efeitos, exceto para efeito de promoção por merecimento, inclusive na hipótese da licença para participar de administração de cooperativa de servidores, acrescentada pela MP nº 210/2004, convertida na Lei nº 11.094/2005 (art. 102, VIII, “c”).

Essa licença não pode ser concedida para o servidor que esteja em estágio probatório (art. 20, § 4º).

h) Licença para Tratamento de Saúde

Essa licença será concedida ao servidor, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.

Findo o prazo da licença, o servidor será submetido a nova inspeção médica, que concluirá pela volta ao serviço, pela prorrogação da licença ou pela aposentadoria.

O prazo máximo contínuo de licença para tratamento de saúde é de 24 meses. Ao fim de 24 meses, se o servidor não estiver em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, será aposentado por invalidez permanente. Nesse caso, o lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

O período de licença é computado como tempo de efetivo exercício até o limite de vinte e quatro meses, cumulativos ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo.

A partir de 24 meses, cumulativos ao longo de todo o tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo, o período de licença será considerado como tempo de serviço apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade.

i) Licença à Gestante, à Adotante e Licença-Paternidade

A licença à gestante tem base no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal e é um direito de todas as trabalhadoras. O art. 207 da Lei nº 8.112/1990 concede licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

A concessão dessa licença é ato vinculado, ou seja, é um direito da gestante não condicionado a qualquer valoração de oportunidade ou conveniência da Administração, ou de interesse, ou prejuízo, que a licença possa acarretar ao serviço.

O direito à licença pode ser exercido pela servidora a partir do primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

No caso de natimorto, a servidora ficará em licença por 30 dias e, após, será submetida a exame médico, reassumindo o exercício se julgada apta. No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 dias de repouso remunerado.

A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança tem direito a licença remunerada de:

- 1) 90 dias se a criança tiver até 1 ano de idade; ou
- 2) 30 dias se a criança tiver mais de 1 ano de idade.

Pelo nascimento **ou adoção** de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade, remunerada, de 5 dias consecutivos.

Os períodos de gozo das licenças descritas nesse tópico consideram-se como de efetivo exercício para efeito de contagem do tempo de serviço (art. 102, VIII, “a”).

j) Licença por Acidente em Serviço

A licença por acidente em serviço assemelha-se à licença para tratar da própria saúde. A licença, evidentemente, é remunerada e o tempo de afastamento é contado como de efetivo exercício para todos os efeitos legais. Se, ao término de 24 meses, o servidor for considerado inapto para o serviço, será aposentado por invalidez permanente.

A prova do acidente deve ser feita no prazo de 10 dias, prorrogável quando as circunstâncias o exigirem.

5.11. Regime disciplinar

O regime disciplinar a que estão submetidos os servidores públicos civis federais está tratado nos arts. 116 a 142 da Lei nº 8.112/1990. Esses artigos versam os deveres, as proibições, as penalidades e as responsabilidades dos servidores referentes ao exercício de seus cargos.

5.11.1. Deveres e proibições

5.11.1.1. Deveres

Os deveres dos servidores públicos civis federais encontram-se enumerados no art. 116 da lei. Pode-se observar que os deveres ali arrolados são deveres genéricos dos servidores, e, exatamente em razão de sua generalidade, coincidem com os deveres que devem ser observados por todos os servidores públicos, de qualquer esfera de governo.

Entre os deveres genéricos citamos:

- 1) exercer o cargo com zelo e dedicação;
- 2) lealdade às instituições;
- 3) respeito às normas;
- 4) economia e conservação do patrimônio público;
- 5) assiduidade e pontualidade;
- 6) conduta condizente com a moralidade administrativa;
- 7) atender com presteza e cordialidade o público em geral; etc.

Merece comentário o dever de obediência. Como a Administração é estruturada hierarquicamente, os servidores têm o dever de cumprir as ordens emanadas de seus superiores. Entretanto, a Lei nº 8.112/1990 estabelece uma importante ressalva para a hipótese de a ordem ser **manifestamente ilegal**. No caso de receber uma ordem manifestamente ilegal, ou seja, uma ordem cuja ilegalidade seja absolutamente indiscutível, o servidor não apenas deverá desobedecê-la como, ainda, surge para ele o dever de representar contra o seu superior. O dever de representação está previsto no inciso XII do art. 116, devendo ser exercido sempre que o servidor deparar-se com situações de ilegalidade, omissão ou abuso de poder. A representação será encaminhada pela via hierárquica e será apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada.

A inobservância de seus deveres legais constitui infração funcional e acarreta para o servidor sanções disciplinares. A Lei nº 8.112/1990, entretanto, não relaciona uma sanção específica para o descumprimento de cada um dos deveres. Ao aplicar a penalidade a autoridade competente, sempre assegurado ao servidor o direito ao contraditório e à ampla defesa, deverá levar em conta a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

5.11.1.2. Proibições

As proibições estão enumeradas no art. 117 da Lei nº 8.112/1990. Diferentemente dos deveres, que possuem um caráter de generalidade, as proibições são determinações específicas que, uma vez infringidas, acarretam para o servidor penalidades determinadas. A lei estabelece para cada infração a uma de suas proibições uma certa penalidade, estabelecendo, implicitamente, uma hierarquia entre as infrações pela inobservância das proibições, que poderiam ser classificadas em infrações graves, médias ou leves. Apesar de a lei vincular à infração de uma proibição uma penalidade específica, devemos sempre ter em mente o seu art. 128, que determina levar-se em conta, na aplicação de penalidades, a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

As proibições enumeradas no art. 117 da Lei nº 8.112/1990 são as seguintes:

- 1) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de advertência (salvo se o servidor for reincidente, hipótese em que poderá ser suspensão):
 - a) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

- b) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
 - c) recusar fé a documentos públicos;
 - d) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
 - e) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
 - f) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
 - g) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
 - h) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
 - i) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.
- 2) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de suspensão (além da hipótese de reincidência nas infrações do grupo anterior):
- a) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
 - b) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.
- 3) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão:
- a) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- Atenção, essa proibição não se aplica nos casos de:
- I – participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e
 - II – gozo de licença para o trato de interesses particulares, observada a legislação sobre conflito de interesses.
- b) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
 - c) aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;
 - d) praticar usura sob qualquer de suas formas;
 - e) proceder de forma desidiosa;

- f) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.
- 4) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão e incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos:
- a) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
 - b) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

5.11.2. Penalidades

As penalidades disciplinares aplicáveis no âmbito federal aos servidores civis estão enumeradas no art. 127 da Lei nº 8.112/1990. São elas:

- a) advertência;
- b) suspensão;
- c) demissão;
- d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- e) destituição de cargo em comissão;
- f) destituição de função comissionada.

Para a aplicação de uma penalidade deve sempre ser assegurado ao servidor o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa prévia, previsto no art. 5º, LV, da Carta Política, que expressamente menciona os acusados em processos administrativos.

A aplicação de sanções disciplinares é, tradicionalmente, apontada pela doutrina como hipótese de exercício do poder discricionário. Devemos atentar que, embora exista alguma discricionariedade na graduação das sanções, a margem de liberdade da Administração é bastante reduzida, especialmente no que concerne à aplicação da penalidade mais grave, que é a demissão. De qualquer forma, concedendo alguma possibilidade de valoração à autoridade competente para a aplicação da penalidade, o art. 128 da Lei nº 8.112/1990 estabelece que, na sua aplicação, sejam consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

É importante frisar um ponto.

Embora possa existir alguma discricionariedade na graduação de uma penalidade disciplinar, ou no enquadramento de determinada conduta como

infração sujeita a uma ou outra penalidade, certo é que nenhuma discricionariedade existe quanto ao dever de punir quem comprovadamente tenha praticado uma infração disciplinar.

Por outras palavras, quando a Administração constata que um servidor praticou uma infração disciplinar, ela é obrigada a puni-lo; não há discricionariedade quanto a punir ou não alguém que incontrovertidamente tenha praticado uma infração disciplinar. O que pode existir é discricionariedade na graduação da penalidade disciplinar, ou mesmo no enquadramento da conduta como infração sujeita a uma ou outra penalidade dentre as previstas em lei, mas não há discricionariedade quanto ao dever de punir o infrator.

A penalidade de advertência é aplicada por escrito, nos casos de violação das proibições acima descritas e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave (art. 129).

A penalidade de advertência terá seu registro nos assentamentos funcionais do servidor cancelado após o decurso de 3 anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

A suspensão é aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão. O prazo máximo de suspensão é de 90 dias (art. 130). O servidor, evidentemente, não recebe remuneração durante o período de suspensão, e o tempo de suspensão não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.

A Lei nº 8.112/1990 estabelece, ainda, uma hipótese específica de aplicação de suspensão por até 15 dias para o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação (art. 130, § 1º).

Existe a possibilidade, e aqui se trata de ato francamente discricionário, de a Administração, quando houver conveniência para o serviço, converter a penalidade de suspensão em **multa** (art. 130, § 2º). Essa multa será de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ou seja, o servidor receberá somente metade de sua remuneração diária durante os dias em que deveria estar suspenso, ficando obrigado a permanecer em serviço.

Deve-se tomar cuidado para não se afirmar que a multa seja uma penalidade disciplinar autônoma. Não existe aplicação direta de multa por infração disciplinar cometida por servidor. A penalidade aplicada é de suspensão, por até 90 dias. Após a aplicação da suspensão é que poderá ela ser convertida em multa, nos termos acima explicados, mas a multa, repita-se, não é uma penalidade disciplinar autônoma ou independente (pois resulta sempre da conversão da penalidade de suspensão, esta sim autônoma).

A penalidade de suspensão terá seu registro cancelado, após o decurso 5 anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

O cancelamento dos registros das penalidades de advertência ou de suspensão não tem efeitos retroativos (art. 131, parágrafo único). A ausência de efeitos retroativos impede, por exemplo, que o servidor, depois do cancelamento, pretenda receber a remuneração que deixou de receber porque estava suspenso. Ou, por exemplo, que ele pleiteie uma promoção por merecimento retroativa, porque, na época, não obteve essa promoção em razão de sua advertência.

Relativamente à demissão, a Lei nº 8.112/1990 estabelece uma lista das infrações que acarretam a aplicação dessa penalidade. Como o art. 132 afirma que a demissão **será** aplicada nos casos nele enumerados, é vinculado, em regra, o ato de demissão de um servidor público. Deve-se obter temperar, entretanto, que alguns dos incisos do art. 132 contêm conceitos jurídicos indeterminados na descrição da respectiva infração, o que possibilita, dependendo do caso concreto, a existência de algum grau de discricionariedade, hipótese em que terá plena eficácia o disposto no art. 128 da Lei nº 8.112/1990, acima comentado.

As infrações enumeradas no art. 132 são as seguintes:

- a) crime contra a administração pública, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- b) abandono de cargo, definido como a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos;
- c) inassiduidade habitual, definida como a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses;
- d) improbidade administrativa, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- e) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- f) insubordinação grave em serviço;
- g) ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- h) aplicação irregular de dinheiros públicos, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- i) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- j) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- k) corrupção, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;

- l) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, se comprovada má-fé do servidor. A opção do servidor por um dos cargos até o último dia de prazo para defesa, no processo administrativo disciplinar sumário instaurado para apuração dessa irregularidade, configurará sua boa-fé e o servidor será simplesmente exonerado do outro cargo;
- m) transgressão das proibições enumeradas anteriormente (incisos IX ao XVI do art. 117).

É evidente que não existe “cancelamento de registro” de demissão, porque o servidor que é demitido deixa de ser servidor, e não faz mais sentido falar em “assentamentos funcionais” a ele pertinentes.

A cassação de aposentadoria ou disponibilidade será aplicada ao inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão (art. 134).

A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de **suspensão** e de **demissão** (art. 135).

A **prescrição** da ação disciplinar ocorre, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, em (art. 142):

- a) 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
- b) 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
- c) 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Se a infração disciplinar for, também, tipificada pela lei penal como crime ou contravenção, o prazo prescricional será o da lei penal, não se aplicando os da Lei nº 8.112/1990 (art. 142, § 2º).

A prescrição do direito de ação significa que a Administração não mais poderá aplicar a sanção disciplinar ao servidor. Impende lembrar que, mesmo prescrita a ação disciplinar, a ação civil de ressarcimento ao erário (que é uma ação judicial, não administrativa) é imprescritível, por força do § 5º do art. 37 da Constituição.

A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente (art. 142, § 3º).

5.11.3. Responsabilidades

As infrações cometidas pelo servidor público acarretam, para ele, conforme o caso, responsabilização nas esferas administrativa (penalidades disciplinares), civil (reparação de danos patrimoniais) e criminal (sanções penais).

A responsabilidade civil dos agentes públicos é do tipo subjetiva, por culpa comum, isto é, eles só respondem pelos danos que causarem se o Estado provar que houve culpa ou dolo (intenção) do servidor. A ação do Estado contra o agente público é denominada ação regressiva.

A ação é dita regressiva porque o Estado só pode demandar contra o agente se o Estado tiver sido condenado, em uma outra ação – movida pela pessoa que tenha sofrido o dano decorrente da atuação do agente –, a indenizar essa pessoa que sofreu o dano. Na ação regressiva, o Estado terá que provar que houve culpa ou dolo do agente e, só se conseguir provar, o agente terá, então, responsabilidade civil perante o Estado. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida (art. 122, § 3º).

Sobre responsabilidade civil, é oportuno lembrar ainda que, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis

A responsabilidade penal de qualquer pessoa decorre da prática de atos (ou decorre de omissões) definidos em lei como crimes ou contravenções. Há determinados crimes que a lei penal estabelece como próprios de servidores públicos. A responsabilidade penal é tratada genericamente na Lei nº 8.112/1990 no art. 123, nestes termos:

“Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.”

O art. 125 da Lei nº 8.112/1990 estabelece a regra geral, segundo a qual as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Entretanto, quando a esfera penal está envolvida, pode ocorrer interferência do trânsito em julgado da sentença penal nas outras esferas, dependendo do conteúdo ou dos fundamentos da sentença.

Assim, a condenação criminal do servidor, uma vez transitada em julgado, implica interferência nas esferas administrativa e civil, **acarretando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor nessas duas esferas.**

A absolvição pela **negativa de autoria** ou **inexistência do fato** também interfere nas esferas administrativa e civil (art. 126). Isso porque, se a jurisdição criminal, em que a apreciação das provas é muito mais ampla, categoricamente afirma que não foi o agente autor do fato a ele imputado ou que sequer ocorreu o fato aventado, não há como sustentar o contrário nas outras esferas.

Já a absolvição penal por mera insuficiência de provas ou por ausência de culpabilidade penal, ou, ainda, por qualquer outro motivo, não interfere nas demais esferas.

5.12. Sindicância e processo administrativo disciplinar (PAD)

5.12.1. Introdução

Os meios de apuração de irregularidades cometidas pelos servidores públicos no exercício de suas atribuições são a sindicância e o processo administrativo disciplinar (PAD). No âmbito da Administração Pública federal, a sindicância e o PAD encontram-se disciplinados nos art. 143 a 182 da Lei nº 8.112/1990. O PAD é o meio legal utilizado pela Administração para a aplicação de penalidades por infrações graves cometidas por seus servidores.

A instauração de PAD será sempre necessária para a aplicação das penalidades de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada e no caso de suspensão superior a 30 dias (lembramos que o limite da penalidade de suspensão é 90 dias).

Para as demais penalidades, ou seja, para aplicação da advertência ou suspensão por até 30 dias, basta a sindicância para apurar a infração imputada ao servidor.

5.12.2. Sindicância

A sindicância é um meio mais célere de apurar irregularidades praticadas pelos servidores. Da conclusão de uma sindicância pode resultar uma das seguintes hipóteses:

- (1) arquivamento do processo;
- (2) aplicação direta das penalidades de advertência ou de suspensão por até trinta dias; ou
- (3) a instauração de PAD, se for verificado tratar-se de caso que enseje aplicação de penalidade mais grave (art. 145). Nessa hipótese, os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução (art. 154).

O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período (parágrafo único do art. 145).

Somente enquanto a sindicância constitui um procedimento meramente investigatório, sem a formalização de acusação a qualquer servidor, podemos falar em ausência de contraditório e ampla defesa, pois não há acusado e nem imputação que deva ser contraditada.

Sempre que a Administração pretender aplicar ao servidor uma penalidade disciplinar com base apenas em procedimento de sindicância deverá, obrigatoriamente, assegurar ao servidor o contraditório e a ampla defesa. Nessa hipótese, a sindicância deixa de possuir natureza de mero procedimento investigatório e passa a caracterizar um verdadeiro (embora simplificado) processo administrativo.

Deve-se observar, por último, que a sindicância não é etapa do PAD, nem deve, necessariamente, precedê-lo, vale dizer, pode-se iniciar a apuração de determinada infração diretamente pela instauração de um PAD.

5.12.3. *Processo administrativo disciplinar – procedimento*

5.12.3.1. *Instauração*

Dá-se a instauração do PAD pela publicação da portaria de designação da comissão encarregada de proceder aos trabalhos de investigação e apresentar um relatório final conclusivo sobre a procedência ou não das acusações levantadas, o qual será acatado pela autoridade julgadora, salvo se contrário às provas dos autos.

A instauração do PAD é obrigatória, devendo ser efetivada pela autoridade competente que tenha ciência de irregularidade no serviço público. Ensejam apuração denúncias formuladas por escrito, que contenham a identificação e o endereço do denunciante, devendo ser confirmada a autenticidade (não são admitidas denúncias orais ou anônimas, sendo, simplesmente, descon sideradas). Se o fato descrito na denúncia não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto (art. 144 e seu parágrafo único). Nesse caso, sequer instaura-se processo, nem mesmo sindicância.

A comissão investigadora será composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente. Esta indicará, dentre os três, o presidente da comissão, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do acusado (art. 149).

O prazo para a conclusão do PAD não excederá 60 dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, a critério da autoridade instauradora, quando as circunstâncias o exigirem (art. 152).

5.12.3.1.1. Afastamento temporário

A faculdade de afastar temporariamente o servidor investigado está prevista no art. 147 da Lei nº 8.112/1990 e é conferida à Administração a fim de que se evite que o servidor interfira no andamento do processo, prejudicando esse andamento. O afastamento, se for decretado, o será pela autoridade instauradora do processo e será determinado juntamente com a instauração.

Devemos notar que não se trata de penalidade e sim de medida de precaução da Administração, para garantir a lisura do processo. O servidor, nessa fase, ainda é apenas um acusado e, como não pode estar sujeito ainda a penalidade, o afastamento é feito sem prejuízo da remuneração do servidor. Se, após as investigações iniciais, verificar-se que o processo deve ser arquivado, sem que se o leve adiante, o servidor retornará a suas regulares funções como se nada tivesse ocorrido. O período máximo de afastamento é peremptório e está previsto no parágrafo único do art. 147 da lei: o servidor pode ser afastado pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

5.12.3.2. Inquérito administrativo

A fase de inquérito compõe-se de três subfases: instrução, defesa e relatório.

5.12.3.2.1. Instrução

A instrução é a principal fase investigatória do PAD.

É durante a instrução que a comissão procurará levantar o maior número possível de fatos, evidências, depoimentos, enfim, todos os elementos capazes de confirmar ou refutar as acusações que pesam sobre o servidor.

Caso tenha havido uma sindicância prévia à instauração do PAD (já vimos que não é obrigatória a existência dessa sindicância prévia), seus autos o integrarão como peça informativa. Significa isso que a conclusão a que tenha chegado a sindicância não vincula a comissão, podendo esta, fundamentadamente, chegar a conclusão diferente. Apesar disso, caso o relatório da sindicância haja concluído que a infração está capitulada como ilícito penal, cópia de seus autos deverá ser encaminhada ao Ministério Público, para que este instaure processo criminal contra o servidor, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

Durante a instrução, a comissão realizará diligências, tomará depoimentos, fará acareações e investigações em geral, objetivando a coleta de provas. Se

necessário serão solicitados laudos a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (art. 155). O pedido de perícia, entretanto, somente será deferido, pelo presidente da comissão, se o fato a ser provado depender de conhecimento técnico especializado (art. 156, § 2º).

É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador (art. 156, *caput*). **Não é obrigatório o acompanhamento do processo por advogado**; trata-se de mera faculdade do servidor. O Supremo Tribunal Federal explicitou esse entendimento por meio da **Súmula Vinculante nº 5**, abaixo transcrita:¹⁸

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

Durante a coleta de provas, e como parte dela, a comissão poderá ouvir testemunhas arroladas pelo acusado, por ela própria ou por terceiros (princípio da verdade material). As testemunhas não podem levar seu depoimento por escrito. Este deverá ser prestado oralmente e reduzido a termo (passado a escrito). As testemunhas serão ouvidas separadamente e, havendo contradição entre os depoimentos, será feita acareação, ou seja, as testemunhas que se contraditaram serão postas frente a frente (cara a cara, daí acareação) para que se procure identificar qual delas diz a verdade.

Após a coleta de provas e a inquirição das testemunhas, será ouvido o acusado (até aqui o servidor ainda é apenas acusado). As mesmas regras pertinentes às testemunhas valem para o depoimento do acusado, inclusive quanto à inquirição separada e à acareação em caso de contradição, se houver mais de um acusado.

Concluídos todos esses procedimentos, a comissão, de posse de uma série de elementos de prova, decidirá, com base nesses elementos, se o servidor deverá ou não ser indiciado. Se a comissão entender que não há provas ou que os fatos não caracterizam infração, o processo será arquivado. Se, contrariamente, a comissão entender que há tipificação de infração disciplinar, formulará a indicição do servidor (este, agora, passa de mero acusado a indiciado). Dessa indicição, constarão os fatos imputados ao indiciado e as provas produzidas. A partir da indicição deverá ser providenciada a citação do indiciado, que é

¹⁸ A Súmula Vinculante nº 5 do STF foi editada com o intuito de afastar a orientação que vinha sendo perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual seria obrigatório o acompanhamento do PAD por advogado, configurando causa de nulidade do processo a inobservância dessa exigência. Essa posição jurisprudencial, que estava consignada na Súmula 343 do STJ, deixou de ser aplicável com a edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF. Com efeito, sendo vinculante a referida súmula, torna-se obrigatória – para os demais órgãos do Poder Judiciário e para toda a Administração Pública – a adoção do entendimento nela exarado (CF, art. 103-A).

o chamamento formal do servidor ao processo para que ele, em vista de todos os elementos constantes do processo, apresente sua defesa escrita.

Aqui cabe uma observação interessante. Vemos que no PAD ocorre uma inversão da ordem dos procedimentos se o compararmos ao processo judicial civil. Neste, logo após a inicial, o réu é citado para apresentar sua defesa escrita (contestação) e indicar as provas que possui e as que pretende produzir. Só então, no processo judicial, tem início a instrução. No PAD, como acabamos de ver, a instrução precede a citação e a defesa escrita (que, aqui, não recebe o nome de contestação).

Quanto aos prazos para a apresentação de defesa escrita, são estas as regras da Lei nº 8.112:

- a) havendo apenas um indiciado, possui ele 10 (dez) dias para apresentação da defesa escrita, contados da data de aposição de sua ciência na cópia da citação a ele entregue, ou, caso ele se recuse a assinar, conta-se o prazo da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas;
- b) havendo mais de um indiciado (não importa quantos), o prazo será comum para todos, de 20 (vinte) dias, contado da data de ciência do último citado;
- c) o prazo para apresentação da defesa pode ser prorrogado pelo dobro, pelo presidente da comissão, caso sejam indispensáveis diligências para a preparação da defesa. Assim, havendo somente um indiciado, o prazo poderá ser de 30 dias (10 dias regulares mais 20 dias, o dobro de 10, relativos à prorrogação). Se mais de um os indiciados, o prazo poderá ser de 60 dias (20 dias mais 40 dias, o dobro de 20, referentes à prorrogação);
- d) o prazo para a defesa, quando a citação for feita por edital, será de 15 (quinze) dias, contados da data da última publicação do edital. A citação por edital ocorre quando o indiciado se encontra em local desconhecido e deve ser feita no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do servidor.

A citação encerra a fase de instrução, passando-se à fase seguinte que é a fase de defesa.

5.12.3.2.2. Defesa

Já vimos que no PAD ocorre uma inversão da ordem dos procedimentos em relação à ordem observada no processo judicial civil.

Outra diferença importantíssima, essa decorrente do princípio da verdade material, é que, no processo civil, caso o réu, tendo sido citado, não apresente contestação no prazo peremptório regular, será declarada sua revelia e

os efeitos dessa revelia no processo civil são nefastos para o réu: todas as alegações de fato contra ele invocadas na inicial serão, em princípio, consideradas verdadeiras, ou seja, a revelia, no processo civil, equivale a uma confissão do réu (isso porque nele vigora a verdade formal).

No PAD, caso o indiciado não apresente sua defesa escrita no prazo estipulado, será também declarada sua revelia, mas os efeitos dessa, devido à **verdade material**, são completamente diversos. Não surge nenhuma presunção legal contra o servidor e, para defender o revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Assim, concluímos que sempre existirá uma defesa escrita no PAD, mesmo que não seja feita pelo próprio indiciado ou seu procurador, e a revelia não possui efeito de confissão.

Apreciada a defesa pela comissão, passa-se à última fase do inquérito administrativo: a elaboração do relatório.

5.12.3.2.3. Relatório

A fase de elaboração do relatório está resumida no art. 165 da Lei nº 8.112/1990. Nele lemos que do relatório deverá constar um resumo das peças principais dos autos e deverão ser mencionadas as provas em que a comissão se baseou para formar a sua convicção. A principal característica do relatório é que ele deverá sempre ser conclusivo, ou seja, sempre a comissão terá que manifestar sua opinião quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor. Caso o relatório conclua pela responsabilidade do servidor, deverão ser indicados os dispositivos legais ou regulamentares transgredidos, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Esta indicação de agravantes ou atenuantes é fundamental para a graduação da penalidade, pois, como se obtém do art. 128 da Lei nº 8.112/1990, “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Terminada a fase de elaboração do relatório, encerram-se os trabalhos da comissão, e o processo disciplinar, com o relatório, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

5.12.3.3. Julgamento

Se houver penalidade a ser aplicada, o julgamento do processo terá que ser feito pela autoridade competente para aplicar essa penalidade. A Lei

nº 8.112/1990 estabelece uma série de competências relativas à aplicação de penalidades em seu art. 141. São elas:

- 1) Nas hipóteses de **demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade**, a penalidade, conforme o poder, órgão, ou entidade a que se vincula o servidor, deverá ser aplicada pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República;
- 2) Na hipótese de **suspensão superior a 30 dias**, a penalidade deverá ser aplicada pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior às descritas no item 1 acima;
- 3) As penalidades de **advertência e suspensão de até 30 dias** são aplicadas pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos;
- 4) A **destituição de cargo em comissão** será aplicada pela autoridade que houver feito a nomeação.

A autoridade julgadora deverá proferir sua decisão em 20 (vinte) dias contados do recebimento do processo. Devemos notar que esse prazo não é peremptório, vale dizer, caso não seja cumprido, não há nulidade do processo. A consequência que pode decorrer da demora no julgamento é a prescrição da punição quando a infração administrativa for também tipificada como crime, pois, nesse caso, a prescrição penal acarreta também a prescrição administrativa.

Ocorrendo essa prescrição pela demora no julgamento administrativo a que tenha dado causa a autoridade julgadora, esta será responsabilizada. A autoridade julgadora não se encontra estritamente vinculada à conclusão do relatório da comissão, mas há uma vinculação relativa. Assim, a lei diz que o relatório deverá ser acatado, salvo se sua conclusão for contrária à prova dos autos.

Nesse caso, a autoridade julgadora, sempre motivadamente (e o motivo será justamente a contradição entre a conclusão do relatório e as provas dos autos), poderá agravar ou abrandar a penalidade proposta ou isentar o servidor de penalidade.

Como já mencionamos, verificada a ocorrência de vício insanável em alguma etapa do processo, a autoridade que determinou sua instauração ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial (nesse caso atingindo a nulidade todos os atos posteriores, no processo, ao ato nulo, que sejam dele decorrentes), e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo (art. 169).

5.12.4. *Rito sumário (acumulação, abandono de cargo, inassiduidade habitual)*

A Lei nº 8.112/1990 foi alterada pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997, que dentre inúmeras outras disposições, estabeleceu, para os casos de **acumulação** ilícita de cargos públicos e de **abandono de cargo** ou **inassiduidade habitual**, um rito especial de investigação e julgamento, denominado, pela própria lei, **rito sumário**.

O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário é de (30) trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.

O PAD submetido a esse rito sumário, aplicável às infrações aqui mencionadas, segue a disciplina dos arts. 133 e 140 da Lei nº 8.112/1990, com as alterações feitas pela Lei nº 9.527/1997 e, **subsidiariamente**, as disposições pertinentes ao PAD “ordinário”.

Relativamente à acumulação ilegal, constatada esta a qualquer tempo, o servidor deverá ser notificado para apresentar opção no prazo improrrogável de 10 dias, contados da data da ciência da notificação. Caso o servidor não apresente a opção no prazo, será instaurado processo administrativo, sob procedimento sumário, visando à apuração e regularização da sua situação.

O processo administrativo disciplinar sumário, nessa hipótese, terá as seguintes fases e prazos:

- 1) **instauração**: ocorre com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por **dois** servidores estáveis. O próprio ato de instauração deverá indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração (descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico);
- 2) **instrução sumária**: compreende as subfases **indiciação**, **defesa** e **relatório**;
- 3) **julgamento**.

A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição e promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de **exoneração** do outro cargo.

Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.

Como mencionamos, na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário, com as seguintes peculiaridades:

- 1) a indicação da materialidade, na hipótese de abandono de cargo, consubstancia-se na indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias;
- 2) a indicação da materialidade, na hipótese de inassiduidade habitual, é feita pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses.

Após a apresentação da defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a trinta dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento.

5.12.5. *Revisão do processo*

Como vimos até aqui, o PAD federal ocorre em instância única. Não há uma segunda instância à qual o servidor possa, automaticamente, recorrer sempre que inconformado com a decisão. Basta observarmos que a penalidade

de demissão, por exemplo, no Executivo, é julgada e aplicada pelo próprio Presidente da República (a quem caberia recurso, tendo em vista a estrutura hierárquica da Administração?).

Portanto, a possibilidade de revisão do PAD não pode ser encarada como uma segunda instância desse processo administrativo. A revisão somente é cabível quando se aduzirem **fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada** (art. 174). A revisão poderá ocorrer de ofício (iniciativa da própria Administração) ou a pedido do servidor ou de pessoa da família, caso ele tenha falecido ou encontre-se ausente ou desaparecido.

Como não se trata de uma segunda instância como direito automático do requerente, a simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário (art. 176).

Caso seja deferida a revisão do processo (o juízo de admissibilidade compete ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente), será constituída uma comissão de revisão, observadas as mesmas regras da comissão investigadora do PAD, a qual terá 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, para a conclusão dos seus trabalhos. O prazo para julgamento, pela mesma autoridade que aplicou a penalidade, é de 20 (vinte) dias, não peremptório.

As duas mais importantes regras relativas à revisão do PAD são:

- 1) o ônus da prova cabe ao requerente. No PAD, o ônus da prova cabe à Administração. Na revisão, inverte-se esse ônus;
- 2) da revisão não pode resultar agravamento da penalidade. Aqui há uma grande exceção ao princípio da verdade material, pois não se admite a *reformatio in pejus*, a qual, como vimos, é, regra geral, admitida nos processos administrativos.

Capítulo 8

ATOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUÇÃO

Os atos administrativos são espécie do gênero ato jurídico.

Fazendo uma rápida recordação, podemos afirmar que tudo aquilo que interessa ao Direito, ou seja, todos os fenômenos, naturais ou humanos, a que o Direito atribui significação e aos quais vincula consequências jurídicas, compõem os denominados fatos jurídicos em sentido amplo. Esses fatos jurídicos em sentido amplo subdividem-se em:

- a) fatos jurídicos em sentido estrito: são eventos da natureza, ou seja, fatos que não decorrem diretamente de manifestação de vontade humana, dos quais resultam consequências jurídicas. Exemplos: a passagem do tempo, o nascimento, a morte etc;
- b) atos jurídicos: são eventos decorrentes diretamente de manifestação unilateral de vontade ou de uma declaração humana, dos quais resultam consequências jurídicas.

Reservamos a expressão “ato jurídico” especificamente para as manifestações ou declarações **unilaterais** (por exemplo, uma promessa de recompensa, uma oferta de ações de uma sociedade anônima). Utilizamos o vocábulo “contrato” para os vínculos jurídicos que só se aperfeiçoam com mais de uma declaração ou manifestação de vontade (por exemplo, o contrato de compra e venda e o contrato de doação são bilaterais na sua formação; o contrato de uma sociedade com mais de dois sócios é plurilateral na sua formação).

Não obstante, reconhecemos que nenhum problema há no emprego da expressão “ato jurídico bilateral” como sinônimo de contrato (especificamen-

te, de contratos bilaterais na sua formação, que correspondem à esmagadora maioria dos contratos).

2. CONCEITO

Baseados na rápida digressão acima intentada, podemos afirmar que os atos administrativos são sempre atos jurídicos, porque humanos e não simples fenômenos da natureza. Da mesma forma, veremos que os atos administrativos são sempre manifestações unilaterais de vontade (as bilaterais compõem os chamados contratos administrativos).

Ainda, cabe notar que só as manifestações de vontade ou declarações da Administração, agindo como Administração Pública, ou de particulares investidos em funções públicas, e que estejam exercendo prerrogativas públicas, é que são consideradas atos administrativos. Por outras palavras, só as manifestações ou declarações exaradas no âmbito de relações jurídicas de direito público são consideradas atos administrativos.

Segundo o conceito elaborado por Hely Lopes Meirelles, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Maria Sylvia Di Pietro define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Merece citação, também, a definição de ato administrativo de lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello: “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

De nossa parte, baseados nas lições dos grandes mestres, propomos a seguinte definição de ato administrativo: “manifestação ou declaração da Administração Pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público”.

Devemos ressaltar que no exercício da atividade pública geral três distintas categorias de atos podem ser reconhecidas, cada qual sendo o ato por excelência de um dos Poderes do Estado:

- 1) atos legislativos (elaboração de normas primárias);
- 2) atos judiciais (exercício da jurisdição); e
- 3) atos administrativos.

Embora estes últimos sejam os atos típicos do Poder Executivo no exercício de suas funções próprias, nunca se deve olvidar que os Poderes Judiciário e Legislativo também editam atos administrativos, principalmente relacionados ao exercício de suas atividades de gestão interna, como atos relativos à contratação de seu pessoal, à aquisição de material de consumo etc.

2.1. Atos privados praticados pela Administração

A Administração Pública pode praticar atos e contratos em regime de direito privado, igualando-se aos particulares, abrindo mão de sua supremacia de Poder Público, não se podendo falar, nessas circunstâncias, em ato administrativo. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração Pública realiza uma doação, uma permuta, quando uma sociedade de economia mista vende, no mercado, bens de sua produção, quando um banco estatal celebra, com o particular, um contrato de abertura de conta corrente, ou mesmo quando a Administração assina um cheque. Nesses casos, submete-se a Administração às regras do direito privado, que regulam tais negócios.

A respeito, esclarecedora a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo Direito Civil ou Comercial, coloca-se no plano dos particulares” (RTJ 29/465). Assim, nessas situações, a conduta da Administração será norteadas pelas regras do direito privado que regulam tais atos jurídicos. imagine-se a emissão de um cheque, que é regulada pelo direito comercial, pela Administração Pública: uma vez emitido, as consequências decorrentes desse ato passam a ser inteiramente regidas pelo direito comercial – e não pelo direito administrativo. Seria absurda, por exemplo, a hipótese de pretender a Administração, valendo-se de sua condição, revogar unilateralmente a emissão desse cheque.

2.2. Fatos administrativos

Fatos administrativos são comumente conceituados como a materialização da função administrativa; consubstanciam o exercício material da atividade administrativa em si. Decorrem de um ato administrativo, de uma decisão ou determinação administrativa, mas com esta não se confundem.

Os fatos administrativos não têm por fim a produção de efeitos jurídicos; eles consubstanciam, tão-somente, a implementação material de atos

administrativos, decisões ou determinações administrativas (por isso os fatos administrativos são também chamados de **atos materiais**). O fato administrativo é, dessarte, mera realização material da função administrativa, de ordem prática, de execução, como a construção de uma ponte, a demolição de um prédio, a limpeza das ruas, a instalação de um serviço público (telefone, água, energia elétrica etc.), a apreensão de mercadorias, a desapropriação de um bem particular etc.

Como acima dito, em regra, ato administrativo e fato administrativo são figuras relacionadas, pois este normalmente é consequência daquele. Manifestada a vontade da Administração por meio do ato administrativo (de conteúdo jurídico), surge como consequência um fato administrativo (a implementação do ato). A demolição de um prédio (fato administrativo), por exemplo, pode ser resultante de uma ordem de serviço da Administração (ato administrativo); a edição de um decreto (ato administrativo) pode ter como consequência a desapropriação de um bem particular (fato administrativo) etc.

É, outrossim, importante repetir que os fatos administrativos não são praticados com a **finalidade** de produzir efeitos jurídicos. Podem, entretanto, ter consequências jurídicas, como acarretar o surgimento do dever de indenização, pela Administração, de eventual dano que o fato administrativo tenha causado a um particular.

Em síntese, o ato administrativo é uma manifestação de vontade, de conteúdo jurídico, da Administração Pública; o fato administrativo, por seu turno, não é provido de conteúdo jurídico, não tem por escopo a produção de efeitos jurídicos; configura a realização material, a execução prática de uma decisão ou determinação da Administração.

Assim, não se aplica ao fato administrativo a teoria geral do ato administrativo estudada neste Capítulo (requisitos ou elementos, atributos, revogação etc.). E as razões são óbvias: não se pode cogitar que um fato administrativo (a varrição de uma rua pela Administração, por exemplo) goze dos atributos da imperatividade ou da presunção de legitimidade, tampouco que possa ser objeto de revogação pela Administração (o que se pode revogar, se for o caso, é a ordem para a varrição da rua; a varrição em si não tem como ser “revogada”)!

Sem embargo do expendido, cabe registrar que a Professora Maria Sylvia Di Pietro adota um conceito diferente de fato administrativo, no qual ele constitui espécie do gênero fato jurídico em sentido estrito. A eminente autora alude, ainda, a **fatos da Administração**. Para ela, estes diferem dos fatos administrativos por não produzirem efeitos jurídicos no âmbito do direito administrativo. Transcrevemos a lição da Professora Maria Sylvia, na qual essas definições são expostas (grifos no original):

“O Direito Civil faz distinção entre **ato e fato**; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos

naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado **fato jurídico** e produz efeitos no mundo do Direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do Direito Administrativo, ele é um **fato administrativo**, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.

Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado **fato da Administração**”.

Por último, é interessante apontar que Celso Antônio Bandeira de Mello classifica, ainda, como fatos administrativos as omissões da Administração Pública (o autor fala em “silêncio da Administração”) que sejam juridicamente relevantes, ou seja, que produzam efeitos jurídicos. O enquadramento desse “silêncio” juridicamente relevante como **fato**, não como ato, independe de a Administração ter desejado, ou não, a produção dos efeitos respectivos. Simplesmente, para Celso Antônio, um calar não pode ser conceituado como **ato**, mesmo que a Administração tenha deixado de agir visando exatamente à obtenção dos efeitos jurídicos de sua omissão.

3. REQUISITOS OU ELEMENTOS

Estudaremos, neste item, os cinco componentes do ato administrativo que, constituindo sua infra-estrutura, jamais podem faltar, sob pena de sua nulidade.

Constituem esses elementos os denominados requisitos do ato administrativo. São requisitos de validade, pois o ato que desatenda a um deles, ou seja, praticado em desacordo com o que a lei estabeleça para cada requisito, será **nulo**.

Os requisitos são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Veremos que os três primeiros são requisitos inteiramente vinculados para qualquer ato e que os dois últimos somente o são para os atos vinculados.

3.1. Competência

Podemos simplificarmente definir competência como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello trata com grande profundidade do tema “competências públicas”, demonstrando que qualquer poder só é atribuído pelo ordenamento jurídico aos agentes públicos na exata medida em que seja necessário para que estes consigam atingir os fins que o mesmo ordenamento lhes determina como obrigatórios, sempre, em última análise, voltados à satisfação do interesse público. Por essa razão, o autor dá maior destaque ao fato de que os agentes públicos têm, acima de tudo, **deveres** e que somente para o cumprimento desses deveres é que o Direito lhes confere poderes. Assim, a definição de competência de Celso Antônio B. de Mello, focada na obrigatoriedade do seu exercício, é a seguinte: “círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.

Como consequência lógica dessa definição, o Professor Celso Antônio B. de Mello enumera as seguintes características da competência:

- a) é de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos;
- b) é irrenunciável. Não obstante, o exercício da competência pode ser parcial e temporariamente delegado, desde que atendidos os requisitos legais. A delegação, de toda forma, não implica renúncia à competência do agente delegante, que pode efetuar a delegação com ressalva de exercício da atribuição delegada, além de poder revogar a delegação a qualquer tempo;
- c) é intransferível. Valem, aqui, as mesmas observações feitas acima, acerca da delegação. A delegação não transfere a competência, mas somente, em caráter temporário, o exercício de parte das atribuições do delegante, o qual tem a possibilidade de permanecer exercendo-a concomitantemente com o delegado (ressalva de exercício da atribuição delegada), e de revogar a delegação a qualquer tempo;
- d) é imodificável pela vontade do agente. Essa característica é decorrência lógica do fato de a competência decorrer da lei e ser sempre elemento vinculado. Ora, como é a lei quem estabelece as competências, somente a lei pode alterá-las, sendo inadmissível que o agente público pretenda ampliá-la ou restringi-la por vontade própria;
- e) é imprescritível, pois o não exercício da competência, não importa por quanto tempo, não a extingue, permanecendo ela sob a titularidade daquele a quem a lei a atribuiu.

Parte da doutrina menciona, ainda, a improrrogabilidade como atributo da competência, significando que o fato de um órgão ou agente incompetente praticar um ato não faz com que ele passe a ser considerado competente, salvo disposição legal expressa que assim estabeleça. Vale dizer, a competência não se estende automaticamente a órgão ou agente incompetente pelo

simples fato de haver ele praticado o ato ou tomado conhecimento dos fatos que ensejariam a sua prática.

Sobre delegação de competência e avocação é importante conhecer o que dispõe a Lei nº 9.784/1999, em seus arts. 11 a 15.

A leitura desses dispositivos permite apontar os seguintes elementos pertinentes à **delegação**:

- a) a regra geral é a possibilidade de delegação de competência, a qual somente não é admitida se houver impedimento legal;
- b) a delegação pode ser feita para órgãos ou agentes subordinados, mas ela também é possível **mesmo que não exista subordinação hierárquica**, nos expressos termos do art. 12 da lei;
- c) a delegação deve ser de apenas parte da competência do órgão ou agente, não de todas as suas atribuições;
- d) a delegação deve ser feita por prazo determinado;
- e) o ato de delegação pode, ou não, conter ressalva de exercício da atribuição delegada. Caso contenha, a atribuição delegada permanecerá podendo ser, também, praticada pelo delegante;
- f) o ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante;
- g) o ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial;
- h) o ato praticado por delegação deve mencionar expressamente esse fato e é considerado adotado pelo delegado, ou seja, a responsabilidade recai sobre ele.

É importante conhecer os atos que a própria Lei nº 9.784/1999 proíbe sejam delegados (outras leis específicas podem vedar a delegação de outros atos). Diz o seu art. 13:

“Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo;

II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

A Lei nº 9.784/1999 trata de forma muito menos detalhada da **avocação**. Em seu art. 15, único que cuida da matéria, afirma, tão-somente, que “será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente

justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior”.

Avocação, portanto, é o ato mediante o qual o superior hierárquico traz para si o exercício temporário de parte da competência atribuída originariamente a um subordinado (a lei não prevê avocação de atribuição de órgão ou agente não subordinado). Deve ser medida excepcional e fundamentada, mas a Lei nº 9.784/1999 não exige que os casos específicos em que seja admitida a avocação estejam expressamente previstos em lei, posição adotada por parte da doutrina. A nosso ver, a autorização genérica para a avocação, na esfera federal, já está dada pelo próprio art. 15 da Lei nº 9.784/1999, sendo ela possível mesmo que não exista uma lei especificamente autorizando a avocação de uma atribuição determinada. Convém registrar que a Professora Maria Sylvia Di Pietro preleciona que a **avocação não é possível quando se tratar de competência exclusiva do subordinado**, posição que igualmente perfilhamos.

O requisito competência, quando esta é exercida além dos limites estabelecidos na lei, dá lugar a uma das modalidades de abuso de poder, denominada **excesso de poder** (a outra é a denominada desvio de poder, que diz respeito a vício no requisito finalidade). Ocorre excesso de poder quando o agente administrativo, embora competente para praticar o ato, ultrapassa suas atribuições legais, seja agindo patentemente além do que a lei permite, seja procurando burlar os limites legais para exorbitar de suas atribuições.

Segundo a lição da Professora Maria Sylvia Di Pietro “o excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência”.

A consagrada autora aponta ainda, ao lado do excesso de poder, duas outras espécies de vícios relacionados ao elemento competência: a “usurpação de função” e a “função de fato”.

A **usurpação de função** é crime, e o usurpador é alguém que não foi por nenhuma forma investido em cargo, emprego ou função; não tem nenhuma espécie de relação jurídica funcional com a Administração.

Já na situação de **função de fato**, a pessoa foi investida no cargo, emprego ou função, mas há alguma irregularidade em sua investidura ou algum impedimento legal para a prática do ato. Maria Sylvia Di Pietro cita os seguintes exemplos: “falta de requisito legal para a investidura, como certificado de sanidade vencido; inexistência de formação universitária para função que a exige, idade inferior ao mínimo legal; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o

prazo de sua contratação, ou continua em exercício após a idade-limite para aposentadoria compulsória.”

Na hipótese de função de fato, em virtude da “teoria da aparência” (a situação, para os administrados, tem total aparência de legalidade, de regularidade), o ato é considerado válido, ou, pelo menos, são considerados válidos os efeitos por ele produzidos ou dele decorrentes.¹ Na hipótese de usurpação de função, diferentemente, a maioria da doutrina considera o ato inexistente.

O vício de competência, dependendo da hipótese, pode ensejar a obrigatoria declaração de nulidade do ato ou pode permitir sua convalidação. Quando um ato é praticado com vício de competência quanto à matéria (por exemplo, o Ministro da Fazenda edita uma portaria sobre matéria de competência do Ministério da Saúde), ou quando se tratar de competência exclusiva, não é possível a convalidação, e o ato tem que ser declarado nulo, pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Diferentemente, se ocorrer vício de competência quanto à pessoa, desde que não seja competência exclusiva, a Administração poderá convalidar o ato, conforme previsto, na esfera federal, na Lei nº 9.784/1999, art. 54. Estudaremos, adiante, a convalidação dos atos administrativos.

3.2. Finalidade

A finalidade é também requisito sempre vinculado e é idêntico para todo e qualquer ato administrativo, vale dizer, o fim almejado por qualquer ato administrativo é o fim de interesse público.

Assim, o objetivo mediato de toda atuação da administração é a tutela do interesse público. Esta finalidade, elemento vinculado de qualquer ato administrativo, pode estar expressa ou, o que é mais comum, implícita na lei.

¹ Sobre **funcionário de fato**, é sobremodo precisa esta lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“De passagem, anote-se que o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, só por só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do ‘funcionário de fato’ (ou ‘agente público de fato’). ‘Funcionário de fato’ é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.

Por outro lado, uma vez invalidada a investidura do funcionário de fato, nem por isso ficará ele obrigado a repor aos cofres públicos aquilo que percebeu até então. Isto por que, havendo trabalhado para o Poder Público, se lhe fosse exigida a devolução dos vencimentos auferidos haveria um enriquecimento sem causa do Estado, o qual, dessarte, se locupletaria com trabalho gratuito.”

O que importa é que não existe qualquer liberdade do administrador, e a busca de fim diverso do estabelecido (expressa ou implicitamente) na lei implica nulidade do ato por desvio de finalidade.

Como se vê, o desrespeito a esse elemento conduz ao vício conhecido como abuso de poder, na modalidade **desvio de finalidade**. Implica, também, violação direta à própria Carta Política, que estatui os princípios da impessoalidade e da moralidade como norteadores de toda a Administração Pública (CF, art. 37).

A forma clássica de ofensa ao elemento finalidade é a prática de atos não dirigidos à satisfação do interesse público, como, por exemplo, a desapropriação pelo Estado de propriedade de desfeto do Chefe do Executivo, com o fim de prejudicá-lo; a concessão de vantagens apenas a servidores apaniguados etc.

Há, porém, outro sentido em que pode ser violado o requisito finalidade, que é o desatendimento da finalidade específica, prevista em lei, na prática de determinado ato. Ou, em outras palavras, a prática de um ato visando a finalidade diversa daquela prevista em lei. Exemplo típico é a **remoção ex officio** de servidor, como forma de punição. Ora, a lei prevê a remoção como modalidade de deslocamento do servidor para atender a necessidade de serviço, e não para ser utilizada como punição (os atos punitivos são a advertência, a suspensão, a demissão, a destituição do cargo em comissão, a cassação da aposentadoria e a cassação da disponibilidade). Logo, não pode o instituto ser utilizado para fim diverso (a título de punição, p. ex.). Incurreria nesse vício, por exemplo, o administrador público que, visando a punir o servidor, baixasse uma portaria, removendo-o, de ofício, da cidade em que estivesse lotado para uma localidade inóspita, mesmo que nessa localidade houvesse necessidade de pessoal.

3.3. Forma

É o revestimento exteriorizador do ato administrativo, constituindo, segundo Hely Lopes Meirelles, requisito vinculado e imprescindível à validade do ato. Todo ato administrativo é, em princípio, formal e a forma exigida pela lei quase sempre é a escrita.

Não obstante a doutrina tradicional afirme que a forma é elemento sempre vinculado em qualquer ato administrativo, pensamos que, atualmente, essa asserção não está em conformidade com nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o art. 22 da Lei nº 9.784/1999, embora determine que os atos dos processos administrativos devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável, afirma categoricamente, em seu *caput*, que esses atos “não dependem de forma

determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Portanto, pensamos que, quando a lei não exigir forma determinada para os atos administrativos, cabe à Administração adotar aquela que considere mais adequada à obtenção de segurança jurídica, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade (no caso dos atos praticados no âmbito do processo administrativo, como vimos, a forma é sempre e obrigatoriamente escrita). Diferentemente, sempre que a lei expressamente exigir determinada forma para a validade do ato, a inobservância acarretará a sua nulidade (como veremos adiante, o vício quanto à forma não é passível de convalidação, quando a lei estabelece determinada forma como essencial à validade do ato).

Apenas excepcionalmente admitem-se ordens não-escritas, como são exemplos: ordens verbais do superior ao seu subordinado; gestos, apitos e sinais luminosos na condução do trânsito; cartazes e placas que expressam uma ordem da Administração Pública, como as que proíbem estacionar, proíbem fumar etc.

3.4. Motivo

O motivo ou causa é a situação de direito e de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, ou, por outras palavras, é o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato. O motivo pode vir expresso na lei como condição sempre determinante da prática do ato ou pode a lei deixar ao administrador a avaliação quanto à existência do motivo e a valoração quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato.

Exemplos de motivos: na concessão de licença-paternidade, o motivo será sempre o nascimento do filho do servidor; na punição do servidor, o motivo é a infração por ele cometida; na ordem para demolição de um prédio, o motivo é o perigo que ele representa, em decorrência da sua má conservação; no tombamento, o motivo é o valor histórico do bem; etc.

Quando o ato é vinculado, a lei descreve, completa e objetivamente, a situação de fato que, uma vez ocorrida no mundo empírico, determina, obrigatoriamente, a prática de determinado ato administrativo cujo conteúdo deverá ser exatamente o especificado na lei.

Por exemplo, a lei diz que o servidor que tenha filho tem direito a licença-paternidade, com duração de cinco dias. Se um servidor faz um requerimento perante a Administração provando o nascimento de seu filho (pressuposto fático), a Administração, verificando que a situação fática se enquadra na hipótese descrita na norma legal (pressuposto normativo), ou seja, que ocorreu a subsunção do fato à norma, terá que praticar o ato, exatamente com o conteúdo descrito na lei: concessão da licença pelo prazo de cinco dias.

Quando se trata de um ato discricionário, a lei autoriza a prática do ato, à vista de determinado fato. Nesses casos, constatado o fato, a Administração pode, ou não, praticar o ato, ou pode escolher seu objeto, conforme critérios de oportunidade e conveniência, e sempre nos limites da lei.

Por exemplo, a lei diz que o servidor que não esteja em estágio probatório pode pedir licença não remunerada para tratar de interesses particulares, que poderá ter a duração de até três anos, e será concedida, ou não, a critério da Administração. Nesse caso, como em todos os atos discricionários, a lei impõe limites à atuação da Administração: por exemplo, se um servidor em estágio probatório pede a licença, ela não poderá ser concedida, de modo algum; se um servidor pede que a licença tenha a duração de quatro anos, ou que ela seja remunerada, ela não poderá ser concedida com essa duração, nem com remuneração, sem qualquer possibilidade de “escolha” pela Administração. Entretanto, se a situação fática estiver dentro dos limites da lei, a Administração, conforme seu exclusivo critério de oportunidade e conveniência (valoração do motivo, tendo em conta, por exemplo, a falta que o servidor fará para o bom andamento do serviço da repartição, a economia de recursos que adviria da concessão da licença etc.), poderá conceder, ou não, a licença. E, caso opte por conceder, a Administração poderá decidir qual a duração que considera mais conveniente (escolha do objeto), mesmo que o pedido do servidor tenha sido para uma duração diferente.

3.4.1. *Motivo e motivação*

O motivo não deve ser confundido com a motivação do ato administrativo.

O motivo, como se disse acima, é a situação de fato e de direito que serve de fundamento para a prática do ato. A situação de direito é aquela, descrita na lei, que serve de base para a prática do ato. A situação de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato.

A motivação vem a ser a exposição dos motivos que determinaram a prática do ato, a exteriorização dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato, a declaração escrita desse motivos. Enfim, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos autorizadores da prática do ato realmente aconteceram. Na demissão de um servidor, por exemplo, o elemento **motivo** seria a infração por ele praticada, ensejadora dessa modalidade de punição; já a **motivação** seria a exposição de motivos, a exteriorização, por escrito, do motivo que levou a Administração a aplicar tal penalidade.

O fundamento da exigência de motivação é o princípio da transparência da Administração Pública (que deriva do princípio da publicidade). De forma

mais ampla, a cidadania fundamenta a exigência de motivação, uma vez que esta é essencial para assegurar o efetivo controle da Administração, inclusive o controle popular.

O princípio da motivação dos atos administrativos não é um princípio que esteja expresso na Constituição para toda a Administração Pública. Entretanto, especificamente para a atuação administrativa dos tribunais do Poder Judiciário a motivação está **expressamente** exigida no texto constitucional no art. 93, inciso X.

Em face da autonomia entre esses conceitos, entendemos que o **motivo** é elemento obrigatório de todo ato administrativo. O ato administrativo sem **motivo**, isto é, sem a presença dos pressupostos de fato e de direito que justificam sua prática, é irritado e nulo. Quanto à **motivação**, que representa a exteriorização, a indicação, por escrito, das razões que levaram à prática do ato, entendemos que ela não é obrigatória para todo tipo de ato administrativo. Embora a regra seja a motivação, não nos parece seguro afirmar que todo ato administrativo deve ser motivado, até mesmo porque ainda existem atos tipicamente discricionários e sem motivação declarada, como é o caso da nomeação *ad nutum* de servidor ocupante de cargo comissionado.

Essa foi a orientação adotada pela Lei nº 9.784/1999, que, ao cuidar do processo administrativo federal, enumerou expressamente os atos que exigem motivação, nos seguintes termos:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

Com base nesse dispositivo, entendemos que não se pode considerar a motivação obrigatória para todo e qualquer ato administrativo. Afinal, ao indi-

car expressamente os atos que exigem motivação, o legislador está admitindo, ainda que implicitamente, que outros atos prescindem de motivação.

A doutrina tradicional, porém, entende que os atos vinculados devem sempre ser motivados por escrito e o motivo apontado como justificador e determinante de sua prática deve ser exatamente o previsto na lei.

De forma mais ampla, Celso Antônio Bandeira de Mello chega a erigir a motivação em verdadeiro princípio administrativo, afirmando, categoricamente:

“Os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.”

Registrada a respeitável posição de nosso insigne administrativista, pensamos que, em nosso Direito positivo, os atos discricionários podem ou não ser motivados por escrito e, caso exigida a motivação (a doutrina entende que, em face dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade e do amplo acesso ao Poder Judiciário, essa é a regra), esta deverá estar sempre dentro dos limites impostos pela lei, uma vez que a liberdade do administrador para a prática de atos discricionários é sempre uma liberdade legalmente restrita.

Em resumo, todos os atos administrativos válidos possuem um **motivo** (expressa ou implicitamente previsto na lei, ou deixado, pela lei, dentro dos limites nela descritos, à escolha do administrador, consoante seus critérios de valoração da conveniência e oportunidade da prática do ato). Entretanto, nem sempre a lei exige que a Administração declare expressamente os motivos que a levaram à prática do ato administrativo. Nesses casos, embora o ato tenha um motivo que determinou sua prática, esse motivo não será expreso pela Administração, ou seja, embora o motivo exista, não haverá **motivação** do ato.

Enfatizamos novamente que a boa prática administrativa recomenda a motivação de todo ato administrativo, uma vez que a declaração dos motivos que levaram à edição do ato (motivação), possibilita um mais eficiente controle da atuação administrativa por toda a sociedade e pela própria Administração, concretizando o princípio da transparência e sendo consentânea à cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil.

Por fim, é oportuno anotar que, nos caso em que a motivação é obrigatória (que são a regra geral), a sua não-realização significa vício do ato relativo ao elemento forma. Sendo situação em que a lei exija para a validade do

ato a motivação, esta passa a integrar o modo obrigatório de exteriorização do ato, e a sua ausência será um vício de forma insanável, não passível de convalidação, ou seja, o ato é nulo.

3.4.2. *Motivação dos atos administrativos: a teoria dos motivos determinantes*

A motivação (declarar, por escrito, o motivo que ensejou a prática do ato), como regra, é elemento obrigatório dos atos administrativos.

A teoria administrativista tradicional entendia presente essa obrigatoriedade apenas nos atos vinculados, afirmando ser ela prescindível nos atos ditos discricionários. Diferentemente dessa posição ortodoxa, a doutrina e a jurisprudência atuais, em face da evolução do Estado democrático de direito e dos princípios, entre outros, do amplo acesso ao Judiciário, da ampla defesa e do contraditório, da isonomia, da publicidade e da moralidade, têm realçado a obrigatoriedade de motivação expressa também dos atos administrativos discricionários, como regra geral.

Logo, atualmente podemos afirmar que, devido aos princípios acima enumerados, a regra geral para qualquer ato administrativo é a declaração por escrito dos motivos que justificaram sua prática, regra esta que não encontra nenhuma exceção relativamente aos atos vinculados. No tocante aos atos discricionários, somente muito excepcionalmente pode ser dispensada sua motivação escrita e a tendência é de que mesmo essas hipóteses excepcionais acabem por desaparecer de nosso ordenamento.

Tanto é assim que, hoje, é difícil encontramos exemplos de atos em que a Administração esteja dispensada de motivar a sua prática. O exemplo mais tradicionalmente citado é a nomeação e a exoneração *ad nutum* de servidor ocupante de cargo comissionado.

Com efeito, para tais atos de nomeação e exoneração fica a Administração dispensada da motivação expressa. Não significa isso que não exista o motivo, o qual é requisito indispensável para a validade de qualquer ato e é a causa justificadora de sua prática, mas sim que, nestes casos, excepcionalmente, fica o administrador dispensado de declarar expressamente esse motivo.

Exatamente nesses raros casos em que a lei permite sejam praticados atos sem motivo declarado é que ganha importância a denominada Teoria dos Motivos Determinantes.

Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, quando a Administração declara o motivo que determinou a prática de um ato discricionário que, em princípio, prescindiria de motivação expressa, fica vinculada à existência do motivo por ela, Administração, declarado.

Esse motivo indicado, entendido como justificativa da realização do ato, deve existir e ser legítimo. Havendo desconformidade entre a realidade e o motivo declarado ou não sendo ele causa justificável, torna-se possível a declaração da invalidade do ato pelo Poder Judiciário. O ato nestas condições é nulo.

Exemplificando: conforme comentamos antes, a nomeação e a exoneração do comissionado independem de motivação declarada. O administrador pode, assim, nomear e exonerar sem estar obrigado a apresentar qualquer motivação; no entanto, caso ele decida por motivar seu ato, ficará vinculado à existência e validade do motivo exposto. Analisemos o caso da exoneração do servidor: a autoridade competente pode exonerá-lo livremente, sem dar qualquer justificativa a ninguém; agora, se ela exonera e afirma no ato de exoneração que o está fazendo porque o servidor, por exemplo, é inassíduo, é possível ao servidor contestar este motivo perante o Judiciário, comprovando, se for o caso, sua inexistência.

Assim, se o servidor não possuía nenhuma falta nem atrasos ao serviço durante o período em que esteve comissionado, clara ficaria a inexistência do motivo declarado como determinante do ato de exoneração. Esse ato, portanto, seria inválido e esta nulidade poderia ser declarada ou pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

É oportuno ainda esclarecermos o seguinte: dissemos que a declaração do motivo que levou a Administração a praticar um ato discricionário vincula a Administração à existência e legitimidade desse motivo, mesmo que para a prática daquele ato não fosse inicialmente exigida a motivação expressa.

Isso não significa que, ao declarar o motivo determinante da prática de um ato discricionário, a Administração converta-o em ato vinculado. De forma alguma. O ato continua sendo ato discricionário em sua origem, o que significa que houve a liberdade do administrador na decisão quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato.

Ocorre que, uma vez feita essa decisão discricionária, o administrador declarou os motivos que determinaram a valoração por ele realizada conforme permitido pela lei. A declaração desse motivo, após o exercício da atividade discricionária da qual resultou a prática do ato, vincula a Administração à existência e legitimidade desse motivo declarado, conforme exemplificado acima, o que não significa transformar o ato em ato vinculado.

O Prof. José Carlos Santos Carvalho Filho apresenta outro exemplo da aplicação da teoria dos motivos determinantes, a merecer transcrição:

“Veja-se um exemplo: se um servidor requer suas férias para determinado mês, pode o chefe da repartição indeferi-las sem deixar expresso no ato o motivo; se, todavia, indefere o pedido

sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, e o interessado prova que, ao contrário, há excesso, o ato estará viciado no motivo. Vale dizer: terá havido incompatibilidade entre o motivo expresso no ato e a realidade fática; esta não se coaduna com o motivo determinante.”

3.5. Objeto

O objeto do ato administrativo identifica-se com seu próprio conteúdo, por meio do qual a Administração manifesta sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. Pode-se dizer que o objeto do ato administrativo é a própria alteração no mundo jurídico que o ato provoca.

Assim, é objeto do ato de concessão de alvará a própria concessão do alvará; é objeto do ato de exoneração a própria exoneração; é objeto do ato de suspensão do servidor a própria suspensão (neste caso há liberdade de escolha do conteúdo específico – número de dias de suspensão – dentro dos limites legais de até noventa dias, conforme a valoração da gravidade da falta cometida); etc.

Nos atos vinculados, a um motivo corresponde um único objeto; verificado o motivo, a prática do ato (com aquele conteúdo estabelecido na lei) é obrigatória.

Nos atos discricionários, há liberdade de valoração do motivo e, como resultado, escolha do objeto, dentre os possíveis, autorizados na lei; o ato só será praticado se e quando a Administração considerá-lo oportuno e conveniente, e com o conteúdo escolhido pela Administração, nos limites da lei.

É tradicional a doutrina afirmar que, nos atos vinculados, motivo e objeto são vinculados, ao passo que nos atos discricionários, motivo e objeto são discricionários.

Portanto, são os elementos motivo e objeto que permitem verificar se o ato é vinculado ou discricionário.

Nos atos discricionários, o binômio motivo-objeto determina o denominado mérito administrativo, conforme será detalhado adiante.

Mérito administrativo é o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em atos discricionários.

Consoante será expandido à frente, o mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial. Essa afirmação deve ser bem compreendida. Controle de mérito é sempre controle de oportunidade e conveniência. Portanto, controle

de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação. Nos atos discricionários, o Judiciário, se provocado, pode controlar a legalidade do ato que, a título de “mérito administrativo”, haja extrapolado os limites da lei. É o que acontece, por exemplo, no controle de razoabilidade e da proporcionalidade. O que o Judiciário nunca fará é adentrar o mérito administrativo para dizer se um ato foi ou não conveniente, porque isso não é controle de legalidade ou legitimidade, uma vez que se estaria cogitando a revogação, ou não, do ato.

4. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Afirmamos acima, ao detalhar os requisitos dos atos administrativos, que nem todos os elementos de sua estrutura são vinculados à expressa previsão de lei para qualquer espécie de ato.

Assim, nos atos denominados vinculados, aqueles onde a liberdade de atuação do administrador é rigorosamente restrita ao expressamente previsto na lei, todos os elementos encontram-se minuciosamente estipulados no texto legal e devem ser estritamente observados pelo administrador.

Já nos atos discricionários – aqueles em que a lei confere certa margem de liberdade à atuação do administrador, possibilitando-lhe decidir sobre a oportunidade e a conveniência da prática do ato, por meio da escolha de seu objeto e valoração de seus motivos – nem todos os requisitos de validade são estritamente vinculados.

Nestes atos discricionários, vinculam-se, invariavelmente, à expressa previsão da lei:

- a) a competência (qualquer que seja a espécie do ato, somente poderá ser validamente praticado por aquele a quem a lei confira tal atribuição);
- b) a forma (uma vez prevista em lei, também deve ser estritamente observada pelo administrador, sob pena de ter-se declarada a nulidade do ato); e
- c) a finalidade (esta, por óbvio, jamais discricionária, uma vez que a finalidade de qualquer ato sempre será o interesse público).

De outra parte, o administrador, ao praticar um ato discricionário, possui liberdade para, nos limites expressos ou implícitos da lei, escolher, conforme sua valoração, os requisitos motivo e objeto do ato. Diz-se, por isso, que nos atos discricionários os requisitos motivo e objeto são requisitos **não** vinculados, ou seja, há certa liberdade de atuação do agente em sua prática.

Esses dois requisitos – motivo e objeto –, especificamente considerados quanto aos atos administrativos discricionários, formam o núcleo do que costuma ser denominado pela doutrina de **mérito administrativo**.

O mérito administrativo consiste, em poucas palavras, no poder conferido pela lei ao administrador para que ele, nos atos discricionários, decida sobre a oportunidade e conveniência de sua prática.

Assim, enquanto em um ato vinculado a atuação do administrador é bastante limitada pela exaustiva descrição legal de todos os seus elementos, nos atos discricionários os requisitos motivo e objeto, formadores do mérito administrativo, podem ser determinados pelo administrador com relativa liberdade, dentro dos limites mais ou menos amplos estabelecidos na lei, justificando a prática ou não do ato e a escolha de seu conteúdo.

No dizer de Hely Lopes Meirelles, o mérito administrativo consubstancia-se “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

Justifica-se facilmente essa necessidade de, em certas circunstâncias, conferir a lei ao administrador o poder de decidir sobre a oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo: somente ele, administrador, vivenciando as diversas situações concretas que se lhe apresentam e conhecendo os meandros da atividade administrativa tem condições de aferir tais elementos.

Esse é o motivo pelo qual não se admite a aferição do mérito administrativo pelo poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e necessidade administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador, que vive aquela realidade no seu dia a dia. Com efeito, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse mesmo juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, vale dizer, substituindo o juízo de valor do administrador, mais afeito às coisas da Administração, pelo seu próprio juízo valorativo, evidentemente distanciado deste cotidiano.

Não se deve, todavia, confundir a vedação de que o Judiciário aprecie o mérito administrativo com a possibilidade de aferição pelo mesmo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários. São coisas completamente distintas.

Senão, vejamos: o que o Judiciário não pode é invalidar, devido ao acima explicado, a escolha pelo administrador (resultado de sua valoração de oportunidade e conveniência administrativas) dos elementos motivo e objeto desses atos, que formam o chamado mérito administrativo, desde que feita, essa escolha, dentro dos limites da lei. Ora, no ato administrativo discricionário, além desses dois, temos outros três elementos que são vinculados (competência, finalidade e forma) e, por conseguinte, podem, e devem, ser

aferidos pelo poder Judiciário quanto à sua legalidade. Vale repisar: o ato discricionário, como qualquer outro ato administrativo, está sujeito à apreciação judicial; apenas em relação a dois de seus elementos – motivo e objeto – não há, em princípio, essa possibilidade.

5. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Atributos são as qualidades dos atos administrativos. Enquanto os requisitos dos atos administrativos constituem condições que devem ser observadas para sua válida edição, seus atributos podem ser entendidos como as características inerentes a estes atos administrativos.

Os atributos dos atos administrativos descritos pelos principais autores são:

- (1) presunção de legitimidade;
- (2) imperatividade;
- (3) auto-executoriedade;
- (4) tipicidade.

Os atributos imperatividade e auto-executoriedade são observáveis somente em determinadas espécies de atos administrativos.

5.1. Presunção de legitimidade

A presunção de legitimidade é qualidade inerente a todo ato da Administração Pública, qualquer que seja sua natureza. Este atributo deflui da própria natureza do ato administrativo, está presente desde o nascimento do ato e independe de norma legal que o preveja.

O fundamento da presunção de legitimidade dos atos administrativos é a necessidade que possui o Poder Público de exercer com agilidade suas atribuições, especialmente na defesa do interesse público. Esta agilidade inexistiria caso a Administração dependesse de manifestação prévia do Poder Judiciário quanto à validade de seus atos toda vez que os editasse.

Portanto, regra geral, o ato administrativo obriga os administrados por ele atingidos, ou produz os efeitos que lhe são próprios, desde o momento de sua edição, ainda que apontada a existência de vícios em sua formação que possam acarretar a futura invalidação do ato. Esse requisito autoriza, portanto, a imediata execução de um ato administrativo, mesmo se eivado de vícios ou defeitos aparentes; enquanto não pronunciada sua nulidade, ou

sustados temporariamente seus efeitos, deverá ser cumprido. Enquanto não decretada a invalidade do ato pela Administração ou pelo Poder Judiciário, o ato inválido produzirá normalmente seus efeitos, como se plenamente válido fosse, devendo ser fielmente cumprido.

Cabe lembrar, entretanto, que a presunção de legitimidade não impede que, desde que utilizados os meios corretos, possa o particular sustar os efeitos de um ato administrativo defeituoso. Existem remédios aptos a sustar a produção de efeitos dos atos administrativos reputados defeituosos, como recursos administrativos (quando possuem efeito suspensivo), liminares em mandados de segurança etc.

Ainda que o ato administrativo venha a ter suspensa a produção de seus efeitos em face de determinados recursos, a presunção de legitimidade (e essa é outra importante consequência desse atributo) faz com que a obrigação de provar a existência de vício no ato seja de quem aponta esse vício.

Não é obrigação da Administração que editou o ato provar sua validade, pois já existe presunção nesse sentido. Aquele que afirma existir defeito no ato é quem possui o encargo de prová-lo.

Essa presunção, porém, não é absoluta, mas sim relativa (*iuris tantum*), pois admite prova em contrário. Assim, por se tratar de presunção relativa (que admite prova em contrário, ou seja, prova de que o ato é ilegítimo), tem como real consequência a transferência do ônus da prova para quem invoca a ilegitimidade do ato.

A Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro aponta, ainda, outro efeito da presunção de legitimidade do ato administrativo, nesta passagem:

“O Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o art. 168 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser **pronunciadas pelo juiz**, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada.”

É oportuno registrar, por fim, que a mesma autora desmembra o atributo da presunção de legitimidade desta forma:

- a) presunção de legitimidade ou de legalidade, significando que se presume que a interpretação e/ou a aplicação da norma jurídica pela Administração foi correta; e
- b) presunção de veracidade, significando que se presume que os fatos alegados pela Administração existem ou ocorreram, são verdadeiros.

5.2. Imperatividade

Rigorosamente, imperatividade traduz a possibilidade que tem a Administração de criar obrigações ou impor restrições, unilateralmente, aos administrados. A imperatividade decorre do denominado poder extroverso do Estado.

Como se depreende, não é um atributo presente em qualquer ato, mas apenas naqueles atos que implicam obrigação para o administrado, ou que são a eles impostos, e devem ser por ele obedecidos, sem necessidade de sua anuência, como é o caso dos atos normativos (p. ex., um decreto), dos atos punitivos (p. ex., a imposição de uma multa administrativa) e dos atos de polícia (p. ex., apreensão e destruição de alimentos impróprios para consumo encontrados durante fiscalização em um restaurante).

Por outro lado, os atos de interesse do administrado, como a obtenção de uma certidão ou de uma autorização, não têm como atributo a imperatividade, uma vez que, evidentemente, não criam obrigações para ele, nem são impostos. Da mesma forma que ocorre relativamente à presunção de legitimidade (e em decorrência dela), os atos caracterizados pela imperatividade podem ser imediatamente impostos aos particulares a partir de sua edição, mesmo que estejam sendo questionados administrativa ou judicialmente quanto à sua validade, salvo na hipótese de impugnação ou recurso administrativo com efeito suspensivo, ou decisão judicial que suste ou impeça a aplicação do ato.

Portanto, repise-se, quando presente, a imperatividade do ato administrativo decorre de sua mera existência, ainda que ele esteja eivado de ilicitude. Assim, salvo em hipóteses excepcionais (como, por exemplo, a previsão expressa em lei de que o servidor que receba uma ordem manifestamente ilegal deixe de cumpri-la e represente contra quem a expediu), deve ele ser fielmente cumprido ou obedecido, até que seja retirado do mundo jurídico ou que sejam suspensos seus efeitos, nas hipóteses em que isso for possível.

5.3. Auto-executoriedade

Consoante a precisa definição de Hely Lopes Meirelles, “a auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.

Os atos auto-executórios são os que podem ser materialmente implementados diretamente pela Administração, inclusive mediante o uso da força, se necessária, sem que a Administração precise obter autorização judicial prévia. Frise-se, entretanto, que a auto-executoriedade não afasta, de modo algum, a apreciação judicial do ato; apenas dispensa a Administração de obter autorização judicial prévia para sua prática.

Como se vê, não é esse, também, atributo presente em todos os atos administrativos. Costuma-se apontar a auto-executoriedade como qualidade presente nos atos próprios do exercício de atividades típicas da Administração. A necessidade de defesa ágil dos interesses da sociedade justifica essa possibilidade de a Administração agir sem prévia intervenção do Poder Judiciário, especialmente no exercício do poder de polícia. A presteza requerida evidentemente faltaria se fosse necessário recorrer-se ao Judiciário toda vez que o particular opusesse resistência às atividades administrativas contrárias a seus interesses.

Assim, o atributo auto-executoriedade é que autoriza a ação imediata e direta da Administração Pública naquelas situações que exigem medida urgente, a fim de evitar-se prejuízo maior para toda a coletividade.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello e a Professora Maria Sylvia Di Pietro prelecionam que a auto-executoriedade existe em duas situações: quando a lei expressamente a prevê e, mesmo quando não expressamente prevista, em situações de urgência. A primeira das hipóteses, entretanto, não significa que a lei literalmente afirme: “este ato é auto-executório”. Significa, tão-somente, que o ato é expressamente previsto em lei como passível de ser adotado diretamente pela Administração em uma situação determinada. No outro caso, o de urgência, a Administração pode adotar um ato não previsto em lei, ou em situação não prevista em lei, a fim de assegurar a segurança da coletividade. Transcreve-se, para melhor entendimento, a lição de Maria Sylvia a respeito:

“No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;
2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.”

Não se deve confundir, em nenhuma hipótese, a dispensa de manifestação prévia do Poder Judiciário nos atos próprios da Administração, com restrição ao acesso do particular ao Judiciário em caso de ameaça ou lesão a direito seu.

A auto-executoriedade dos atos administrativos apenas permite sua execução diretamente pela Administração, mas, sempre que o administrado entender haver ocorrido arbítrio, desvio ou excesso de poder, pode exercer seu direito inafastável de provocar a tutela jurisdicional. O Poder Judiciário, se entender legítimas as alegações do particular, poderá declarar a nulidade dos atos praticados (porém, posteriormente à sua prática).

São exemplos típicos de atos auto-executórios: a retirada da população de um prédio que ameaça desabar, a demolição desse mesmo prédio, a destruição de alimentos impróprios para o consumo encontrados numa prateleira de supermercado, a demolição de obras clandestinas que ponham em risco a segurança da população, a dissolução de uma passeata, dentre outros.

Exemplo consagrado de ato não auto-executório é a **cobrança de multas, quando resistida pelo particular**. Nesse caso, conquanto a imposição da multa seja ato imperativo, sua execução somente pode ser efetivada pela via judicial. Cumpre todavia lembrar, como exceção, que na hipótese de multas administrativas aplicadas ao particular em razão de adimplemento irregular de contrato administrativo em que tenha havido prestação de garantia, a Administração pode executar diretamente a penalidade, sem necessidade de consentimento do contratado, subtraindo da garantia o valor da multa (Lei nº 8.666/1993, art. 80, inciso III). Independentemente da prestação de garantia, a Administração pode, também, descontar o valor dessas multas das quantias que ela eventualmente deva ao contratado pela execução do contrato (Lei nº 8.666/1993, art. 86, § 3º, e art. 87, § 1º). São situações em que a cobrança de multa não paga espontaneamente pelo particular configura ato administrativo auto-executório, mas, impende repetir, trata-se de hipóteses específicas, de exceções à regra geral.

Para finalizar, é relevante observar que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como atributos distintos **exigibilidade** e **executoriedade** (o autor não utiliza a expressão auto-executoriedade). Para o mestre, a exigibilidade seria caracterizada pela obrigação que o administrado tem de cumprir o ato, ao passo que a executoriedade seria a possibilidade de a Administração, ela própria, praticar o ato, ou compelir materialmente o administrado a praticá-lo (coação material).

Assim, se a Administração intima o particular a construir uma calçada defronte sua casa, esse ato é exigível (descumprido, a Administração imporá multa sem que necessite ir ao Judiciário para lhe ser reconhecido o direito de multar). Não é, entretanto, executório, porquanto ela não pode coagir

materialmente o particular a construir a calçada. A própria imposição de multa seria ato exigível e não executório. Atos executórios seriam: a destruição de alimentos impróprios para consumo, a apreensão de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, a dissolução de uma passeata, a demolição de um prédio que ameaçasse desabar, a destruição de barracos em terreno invadido etc.

Pela definição do eminente administrativista, a diferença entre a imperatividade e a exigibilidade seria que a primeira apenas estaria relacionada à possibilidade de a Administração, unilateralmente, criar a obrigação para o particular. Já a exigibilidade traduziria a noção de que o particular é obrigado a cumprir a obrigação. Em nossa opinião, pode-se afirmar que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, todo ato imperativo é exigível, mas nem sempre executório. O autor resume assim suas definições:

“Sintetizando, graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica, compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial, para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer, pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.”

5.4. Tipicidade

Segundo a Profa Maria Sylvia Di Pietro, tipicidade “é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”.

Esse atributo, corolário do princípio da legalidade, tem o condão de afastar a possibilidade de a Administração praticar atos inominados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Duas outras conseqüências podem ser apontadas como decorrentes desse atributo:

- a) **representa uma garantia para o administrado**, pois impede que a Administração pratique um ato, unilateral e coercitivo, sem prévia previsão legal;

- b) **afasta a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário**, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida.

Por fim, a Profa Maria Sylvia esclarece que “a tipicidade só existe com relação aos atos unilaterais; não existe nos contratos porque, com relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençionem um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular”.

6. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

6.1. Atos gerais e individuais

Os **atos administrativos gerais** caracterizam-se por conter comandos gerais e abstratos, atingindo, portanto, todos os administrados que se encontrem na situação neles descrita. Como se vê, em conteúdo os atos administrativos gerais assemelham-se à lei, sendo formal e hierárquica a principal diferença entre ambos.

Os atos gerais não possuem destinatários determinados; são atos normativos editados pela Administração com o objetivo de assegurar a fiel execução das leis e outros diplomas de superior hierarquia.

Exemplos de atos gerais são os decretos regulamentares, as instruções normativas, as circulares normativas etc.

Os atos gerais, em razão de produzirem efeitos externos, necessitam ser publicados na imprensa oficial. A publicação do ato é pressuposto de sua eficácia.

Maria Sylvia Di Pietro enumera as seguintes características dos atos administrativos gerais:

- a) impossibilidade de impugnação judicial diretamente pela pessoa lesada, restando, somente, a via de arguição de inconstitucionalidade;
- b) prevalência sobre o ato administrativo individual;
- c) revogabilidade incondicionada;
- d) impossibilidade de impugnação por meio de recursos administrativos.

Os **atos administrativos individuais** são aqueles que possuem destinatários determinados ou determináveis, constituindo ou declarando situação

jurídica particular. O ato individual pode abranger um ou vários administrados, contanto que sejam conhecidos seus destinatários.

São exemplos de atos individuais a nomeação, a exoneração, uma autorização, um decreto de desapropriação ou de tombamento etc.

Os atos individuais que devam produzir efeitos externos necessitam ser publicados na imprensa oficial.

Os atos individuais admitem impugnação por meio de recursos administrativos ou de ação judicial, como mandado de segurança, ação popular, ações ordinárias etc.

A revogação de um ato individual somente é possível se este não houver gerado direito adquirido para seu destinatário.

6.2. Atos internos e externos

Atos administrativos **internos** são aqueles destinados a produzir efeito somente no âmbito da Administração Pública, atingindo diretamente apenas seus órgãos e agentes.

Em princípio tais atos não deveriam produzir efeitos em relação a terceiros estranhos à Administração, o que, entretanto, ocorre com relativa frequência devido a distorções na sua utilização (esta é a posição da doutrina tradicional).

Como, em princípio, não obrigam nem geram direitos para os administrados, os atos em comento não necessitam ser publicados no Diário Oficial para vigerem e produzirem efeitos, bastando a comunicação direta aos destinatários ou a utilização de outros meios de divulgação interna. Deve-se observar, entretanto, que, qualquer espécie de ato, para produzir o menor efeito que seja sobre os administrados, obrigatoriamente deverá ser publicado, em atendimento ao princípio da publicidade dos atos da Administração.

Os atos internos, de regra, não geram direitos adquiridos a seus destinatários e podem ser revogados a qualquer tempo pela Administração que os expediu.

Exemplos de atos internos: portaria de remoção de um servidor; ordens de serviço; portaria de criação de grupos de trabalho etc.

Os atos **externos** são aqueles que atingem os administrados em geral, criando para estes direitos, obrigações, declarando situações jurídicas a eles relativas, determinando procedimentos etc.

São também considerados atos externos os que, embora não destinados aos administrados, devam produzir efeitos fora da repartição que os editou ou onerem o patrimônio público, casos em que é imprescindível a observância do princípio da publicidade.

Como devem produzir seus efeitos perante terceiros, externos à Administração, a vigência de tais atos somente se inicia com sua publicação na imprensa ou órgão oficial, antes da qual evidentemente não pode ser presumido seu conhecimento nem exigida sua observância.

São exemplos de atos externos todos os decretos, os regulamentos, a nomeação de candidatos aprovados em concurso público etc.

6.3. Atos de império, de gestão e de expediente

Os **atos de império** são aqueles que a Administração impõe coercitivamente aos administrados. Tais atos não são de obediência facultativa pelo particular. São praticados pela Administração *ex officio*, ou seja, sem que hajam sido requeridos ou solicitados pelo administrado.

São exemplos de atos de império os procedimentos de desapropriação, de interdição de atividade, de apreensão de mercadorias etc.

Os **atos de gestão** são praticados sem que a Administração utilize sua supremacia sobre os particulares. São atos típicos de administração, assemelhando-se aos atos praticados pelas pessoas privadas.

São exemplos de atos de gestão a alienação ou a aquisição de bens pela Administração, o aluguel de imóvel de propriedade de uma autarquia etc.

Os **atos de expediente** são atos internos da Administração que visam a dar andamento aos serviços desenvolvidos por uma entidade, um órgão ou uma repartição. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, tais atos não podem vincular a Administração em outorgas e contratos com os administrados, nomear ou exonerar servidores, criar encargos ou direitos para os particulares ou servidores.

São exemplos de atos de expediente o encaminhamento de documentos à autoridade que possua atribuição de decidir sobre seu mérito; a formalização de um processo protocolado por um particular; o cadastramento de um processo nos sistemas informatizados de um órgão público etc.

6.4. Atos vinculados e discricionários

O **ato vinculado** é aquele em que a lei estabelece todos os requisitos e condições de sua realização, sem deixar qualquer margem de liberdade ao administrador, ou seja, todos os elementos do ato estão vinculados ao disposto na lei. Não cabe ao administrador apreciar a oportunidade ou a conveniência administrativa da prática do ato. Uma vez atendidas as condições legais, o ato tem que ser realizado e, por outro lado, faltando qualquer elemento exigido na lei torna-se impossível sua prática.

Consoante a definição de Celso Antônio B. de Mello, atos vinculados são “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.

Para exemplificar, tomemos a concessão de licença à gestante ou da licença-paternidade, como reguladas na Lei nº 8.112/1990. Atendidas as condições da Lei (cuja base direta é a Constituição), ou seja, estando grávida a servidora pública ou havendo nascido filho de servidor público, não cabe ao administrador, sob nenhuma circunstância, alegar que a servidora ou o servidor são essenciais ao serviço, que não seria conveniente seu afastamento ou qualquer outra tentativa de não editar o devido ato de concessão. Configurada a hipótese legal, somente uma atitude é admissível: a edição do ato concessivo, sem espaço para juízo de oportunidade ou conveniência administrativa.

Já o **ato discricionário** é aquele que a Administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativa.

Enquanto nos atos vinculados a autoridade pública está presa à lei em todos os seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), ao praticar o ato discricionário dispõe de certa liberdade (dentro dos limites da lei) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Segundo a doutrina tradicional, os elementos competência, finalidade e forma são sempre de natureza vinculada, em qualquer tipo de ato, vinculado ou discricionário. Quanto aos elementos competência e finalidade, não há problema em afirmar serem eles sempre vinculados. Entretanto, atualmente, asserir que a forma é elemento sempre vinculado em qualquer ato administrativo não nos parece estar em consonância com nosso Direito positivo. Com efeito, o art. 22 da Lei nº 9.784/1999, embora determine que os atos dos processos administrativos devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável, afirma categoricamente, em seu *caput*, que esses atos “não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Portanto, pensamos que, quando a lei não exigir forma determinada para os atos administrativos, cabe à Administração adotar aquela que considere mais adequada à obtenção de segurança jurídica, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade (no caso dos atos praticados no âmbito do processo administrativo já vimos que a forma é sempre e obrigatoriamente escrita).

Exemplificando, na mesma linha acima, tomemos a licença para capacitação e a licença para tratar de interesses particulares, disciplinadas na Lei nº 8.112/1990.

De pronto, observamos que a lei fala em “a critério da Administração, poderá ser concedida...” (art. 91) ou “o servidor poderá, no interesse da Administração,...” (art. 87).

Fica bastante claro que se trata de casos em que, embora o ato esteja previsto na lei, fica a critério da Administração, sempre obedecidos, entre outros, os princípios da moralidade e da impessoalidade, valorar a oportunidade, a conveniência e a justiça da prática ou não do ato previsto.

É importante assinalar que a maior parte de nossa doutrina entende que a discricionariedade existe não só quando a lei expressamente confere à Administração o poder de decidir acerca da oportunidade e conveniência de praticar um determinado ato. Segundo grandes autores pátrios, também existe discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária, quando a lei utiliza os denominados conceitos jurídicos indeterminados. Na aplicação das leis que utilizam esses conceitos indeterminados, tais como “boa-fé”, “decoro”, “bons costumes”, “moralidade pública”, a Administração, em face do caso concreto, terá que decidir se ocorre ou não a incidência da norma legal. Todos os conceitos indeterminados têm uma zona de certeza, um núcleo em que não há margem para dúvida sobre o enquadramento ou não de uma situação em seu conteúdo. Existe, entretanto, uma área de incerteza, uma “zona de penumbra” (“zona gris”), dentro da qual não é possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida. Quando um caso concreto escapa à zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado, a Administração tem discricionariedade para decidir acerca de seu enquadramento ou não na área de penumbra, no denominado halo de indeterminação do conceito. Nesses casos, caberá à Administração determinar a atuação mais conforme ao interesse público, não sendo possível estabelecer uma única atuação legítima. Não poderá, portanto, o Poder Judiciário substituir a Administração quanto a esse juízo valorativo, ou seja, se a Administração, ao precisar aplicar uma norma que utilize conceitos jurídicos indeterminados, verificar, no caso concreto, que está dentro da zona de incerteza desse conceito, existindo mais de uma atuação juridicamente válida passível de ser adotada, não cabe ao Judiciário decidir qual dessas atuações deveria ter sido escolhida naquele caso.

Portanto, segundo essa corrente dominante de nossa doutrina, a discricionariedade existe: (1) quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos (quanto a essa situação não existe divergência entre os autores); (2) quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados e, no caso concreto, a Administração depara-se com situações em que não existe possibilidade de determinar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações, a Administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a que mais adequadamente se conforma ao interesse público, não sendo possível ao Judiciário substituí-la nesse juízo valorativo.

Uma importante distinção que deve ser feita é entre discricionariedade e arbitrariedade. A primeira implica existência de lei e prática do ato dentro dos limites por ela imposta; a segunda significa prática de ato contrário à lei ou nela não previsto.

6.5. Ato simples, complexo e composto

Ato administrativo **simples** é o que decorre da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado. O ato simples está completo com essa só manifestação, não dependendo de outras, concomitantes ou posteriores, para que seja considerado perfeito e, em princípio, esteja apto a produzir seus efeitos.

O principal cuidado aqui é observar que não interessa o número de pessoas que pratica o ato, mas sim a expressão de vontade, que deve ser unitária. Portanto, é simples tanto o ato de exoneração de um servidor comissionado como a decisão administrativa proferida pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

O ato administrativo **complexo** é o que necessita, para sua formação, da manifestação de vontade de dois ou mais diferentes órgãos. Significa que isoladamente nenhum dos órgãos é suficiente para dar existência ao ato.

Este fato possui importância porque, sendo o caso de impugnar-se o ato ou atacá-lo judicialmente, necessariamente terão que já haver sido expressas todas as manifestações necessárias, sem as quais o ato ainda não estará formado.

Com base no exposto acima, deve diferenciar-se o ato complexo do procedimento administrativo. Este último constitui uma série encadeada de atos visando ao atingimento de um objetivo final ou à prática de um ato final, o qual encerra o procedimento. A principal diferença reside no fato de poderem os atos intermediários do procedimento ser objeto de impugnação ou ataque judicial, sempre que entenda o interessado estar ocorrendo lesão ou ameaça a direito seu. É o caso, p. ex., do procedimento de licitação pública.

No caso do ato complexo, temos um único ato, e não uma série de atos encadeados. Além disso, o ato complexo não se aperfeiçoa e não está apto a gerar direitos e obrigações enquanto não manifestadas as vontades distintas necessárias à sua formação, não sendo possível impugná-lo antes da integração da vontade final da Administração.

Exemplo de ato complexo seria a concessão de determinados regimes especiais de tributação que dependem de parecer favorável de diferentes ministérios, como o Ministério da Indústria e Comércio e o Ministério da Fazenda, no caso da isenção relativa a algumas aquisições de bens de informática.

Igualmente, a redução de alíquotas de IPI para alguns refrigerantes depende de aprovação integrada do Ministério da Agricultura e da Secretaria da Receita Federal (as manifestações não são simultâneas e sequer apreciam os mesmos elementos. O regime especial de redução de alíquotas somente passa a existir quando presentes ambas as manifestações).

Também alguns regimes especiais relativos a documentos fiscais somente se aperfeiçoam com a edição de um ato concessivo da Fazenda estadual e outro da Receita Federal, ambos integrados e indispensáveis à existência do regime.

Um último exemplo são os atos normativos editados conjuntamente por órgãos diferentes da Administração federal, como são comuns as Portarias Conjuntas SRF/PGFN; Instruções Normativas Conjuntas SRF/STN etc.

O ato **composto** é aquele cujo conteúdo resulta da manifestação de um só órgão, mas a produção de seus efeitos depende de um outro ato que o aprove. A função desse segundo ato é meramente instrumental, e seu efeito é justamente tornar eficaz o ato principal.

Não é a conjugação de vontades diversas que dá existência ao ato composto. Seu conteúdo é formado pela manifestação de uma só vontade. Ocorre que se faz necessária uma outra manifestação para que o ato possa produzir os efeitos que lhe são próprios. Segundo a Professora Maria Sylvia Di Pietro, esse outro ato – aprovação, autorização, ratificação, visto ou homologação – pode ser posterior ou prévio ao principal.

Como se vê, enquanto no ato complexo temos um único ato, integrado por manifestações homogêneas de vontades de órgãos diversos, sem que se possa falar em principal e secundário, no ato composto existem dois atos, um principal e outro acessório. Esse segundo ato, o ato acessório, tem por conteúdo tão-somente a aprovação do ato principal, visando a dar-lhe eficácia, a torná-lo exequível.

Para a Professora Maria Sylvia Di Pietro, seriam exemplos de atos compostos as nomeações de autoridades ou dirigentes de entidades da Administração sujeitas à aprovação prévia pelo Poder Legislativo. A autora cita como exemplo de ato composto a nomeação do Procurador-Geral da República, precedida de aprovação pelo Senado. O ato de nomeação seria o ato principal, executado pelo Presidente da República, e o ato de aprovação, que nesse caso é prévia, o ato acessório ou secundário, efetivado pelo Senado Federal.

Transcrevemos a explicação de Maria Sylvia, para deixar claro o seu entendimento:

“A nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, pressuposto do principal.”

Concluimos que a mesma lógica vale para todas as nomeações de dirigentes de entidades da Administração Indireta em que a Constituição ou a lei exija aprovação legislativa prévia, conforme previsto, por exemplo, no art. 52, inciso III, alíneas “d” e “f”, da Constituição da República.

6.6. Ato constitutivo, extintivo, declaratório, alienativo, modificativo ou abdicativo

O **ato constitutivo** é aquele que cria uma nova situação jurídica individual para seus destinatários, em relação à Administração. Essa situação jurídica poderá ser o reconhecimento de um direito ou a imposição de uma obrigação ao administrado. O que importa é que o ato crie uma situação jurídica **nova**, como ocorre na concessão de uma licença, na nomeação de servidores, na aplicação de sanções administrativas etc.

O **ato extintivo ou destrutivo** é aquele que põe fim a situações jurídicas individuais existentes. São exemplos a cassação de uma autorização, a demissão de um servidor etc.

O **ato declaratório** é aquele que apenas declara uma situação preexistente, visando a preservar o direito do administrado. Essa espécie de ato, frise-se, não cria situação jurídica nova, tampouco modifica ou põe termo a uma situação existente. O ato limita-se a declarar uma situação preexistente, preservando-a. São exemplos a expedição de uma certidão, o apostilamento de títulos de nomeação etc.

O **ato alienativo** é aquele que tem por fim a transferência de bens ou direitos de um titular a outro, como ocorre na edição de um decreto que transfere bens móveis de uma entidade a outra etc.

O **ato modificativo** é o que tem por fim alterar situações preexistentes, sem provocar a sua supressão. O ato altera uma situação preexistente, mas não suprime direitos ou obrigações. São exemplos a alteração de horários numa dada repartição, a mudança de local da realização de uma reunião etc.

O **ato abdicativo** é aquele por meio do qual o titular abre mão, abdica, de um determinado direito. Normalmente tem caráter incondicional e irrevogável, e, devido à característica da indisponibilidade dos bens públicos, em regra sua prática exige autorização legislativa.

6.7. Ato válido, nulo e inexistente

O **ato válido** é aquele que provém de autoridade competente e está conforme todas as exigências legais para a sua regular produção de efeitos. O ato válido observou, em sua formação, todos os requisitos legais, relativos

à competência para sua edição, à sua finalidade, à sua forma, aos motivos determinantes de sua prática e a seu objeto. O ato válido pode, porém, não ser eficaz, em virtude de estar sujeito à ocorrência de um evento futuro e incerto (condição) ou de um evento futuro e certo (termo).

O **ato nulo** é aquele que nasce com vício insanável, normalmente resultante da ausência ou de defeito substancial em seus elementos constitutivos (por exemplo, o ato praticado com desvio de finalidade). O ato nulo é ilegítimo, ilegal, não podendo ser convalidado, nem produzir efeito válido entre as partes.

Em relação à não produção de efeitos pelo ato nulo, dois aspectos merecem destaque.

Primeiro que, devido aos atributos da presunção de legitimidade e da imperatividade, todo e qualquer ato administrativo, legítimo ou eivado de vícios, tem força obrigatória desde a sua expedição, produzindo normalmente seus efeitos e devendo ser obedecido até que venha a ser declarada sua nulidade pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Essa declaração de nulidade, quando efetivamente proferida, gera efeitos *ex tunc*, desfazendo todos os efeitos passados, presentes e futuros no que tange às partes.

Segundo, que a declaração de nulidade do ato só surte efeitos retroativos (*ex tunc*) **em relação às partes do processo ou do ato administrativo (Administração e destinatário direto do ato)**. Essa manifestação não tem o condão de atingir os chamados terceiros de boa-fé, que eventualmente tenham sido atingidos pelo ato viciado antes da declaração de sua nulidade. Em relação a estes, as consequências pretéritas do ato viciado permanecem intocáveis. É o que ocorre, por exemplo, com a nomeação viciada de um servidor público. Verificada posteriormente a irregularidade (por exemplo, a ausência de aprovação em concurso público, no caso de cargo de provimento efetivo), a Administração ou o Poder Judiciário deverão declarar a nulidade do ato de nomeação, desfazendo, para as partes, retroativamente, todo o vínculo nascido com a nomeação. Essa declaração de nulidade não alcançará, porém, aqueles atos praticados pelo servidor em relação a terceiros (a expedição de uma certidão, p. ex.), em face do princípio que protege os terceiros de boa-fé.

O **ato inexistente** é aquele que possui apenas aparência de manifestação de vontade da Administração Pública, mas que não chegou a aperfeiçoar-se como ato administrativo. Em verdade, são atos que não se originam de um agente da Administração Pública, mas de alguém que se passa por tal condição. O exemplo típico é o ato praticado por um usurpador de função pública, que se passa pela condição de servidor (a expedição de certidão por alguém que, sem revestir-se dessa qualidade, identifica-se como servidor público). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, também os atos cujos objetos sejam juridicamente impossíveis, como a ordem para a prática de um crime (uma

ordem do chefe de polícia para torturar presos), seriam inexistentes. O autor ensina, ainda, que, no caso dos atos inexistentes, “uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos pretéritos que hajam produzido”.

6.8. Ato perfeito, imperfeito, pendente ou consumado

A classificação que mais apresenta dificuldade em concurso público é, sem dúvida, a que diz respeito à formação e à possibilidade de produção de efeitos do ato administrativo. Nesse sentido, o ato pode ser: perfeito, imperfeito, pendente ou consumado.

O **ato perfeito** é aquele que teve seu ciclo de formação encerrado, que já esgotou todas as fases necessárias à sua produção. A perfeição diz respeito ao processo de elaboração do ato: é perfeito aquele ato em que todas as etapas de seu processo de produção estão concluídas, terminadas. O primeiro equívoco que deve ser evitado é confundir **ato perfeito** com **ato válido**.

A **perfeição**, como se disse acima, está relacionada com a finalização das etapas de formação do ato, com o término das fases de sua produção, que a lei exige para que o ato se considere pronto, concluído, formado. Assim, um ato que tenha sido motivado, escrito, assinado e publicado na imprensa oficial é um ato **perfeito**, pois já completou sua formação, já passou por todas as fases integrantes de sua produção.

A **validade**, por sua vez, exige a conformidade do ato com a lei, vale dizer, exige que os seus elementos, que as fases de sua formação, estejam de acordo com as exigências de legalidade e legitimidade. Na situação anterior, para que o ato perfeito seja válido é necessário que a motivação se refira a pressupostos fáticos existentes e a pressupostos jurídicos legítimos, que a autoridade que assinou o ato esteja investida de competência legal e que a publicação tenha ocorrido na forma exigida em lei.

A partir dessas considerações, podemos observar que o ato administrativo pode ser **perfeito**, por ter completado seu ciclo de formação, mas ser **inválido**, por estar em desacordo com a lei. Todo ato que teve sua formação concluída é perfeito, seja ele válido ou inválido. Enfim, nem todo ato perfeito é válido; porém, todo ato válido é perfeito.

O **ato imperfeito** é aquele que não completou o seu ciclo de formação, como a minuta de um parecer ainda não assinado, o voto proferido pelo conselheiro relator em uma decisão de processo administrativo em julgamento nos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, ou um ato não publicado, caso a publicação seja exigida por lei.

O **ato pendente** é aquele que, embora perfeito, está sujeito a condição ou termo para que comece a produzir efeitos. O ato pendente é um ato perfeito

que ainda não está apto a produzir efeitos, por não ter ocorrido, não se haver implementado, o termo ou a condição a que está sujeito.

A perfeição, portanto, é pressuposto do ato pendente: o ato pendente é sempre um ato perfeito, que já completou seu ciclo de formação, mas que está sujeito a uma condição ou termo.

O **ato pendente** não pode ser confundido com o **ato imperfeito**. O ato imperfeito, conforme visto, é aquele que não completou o seu ciclo de formação, em que ainda falta alguma fase de sua elaboração. O ato pendente, ao contrário, pressupõe um ato perfeito, que já tenha completado todo o seu ciclo de formação. Ato pendente é sempre ato perfeito, mas sujeito a um termo ou condição.

Os três conceitos podem ser assim trabalhados: o ato incompleto em sua formação é um ato imperfeito; o ato completo em sua formação é um ato perfeito; esse ato perfeito pode estar pronto para produzir efeitos (por não estar sujeito a termo ou condição), ou sujeito a um termo ou condição para a produção de seus efeitos (pendente).

O **ato consumado** (ou exaurido) é o que já exauriu os seus efeitos, que já produziu todos os efeitos que estava apto a produzir, que já esgotou sua possibilidade de produzir efeitos. O ato consumado torna-se definitivo, imodificável, não podendo ser impugnado, seja na esfera administrativa, seja perante o Poder Judiciário.

Por exemplo, a autorização para a realização de uma passeata torna-se um ato consumado depois que ela já foi realizada. Outro exemplo de ato consumado: caso determinada editora queira participar da Feira do Livro de Porto Alegre, necessitará, para poder montar seu estande, de um ato administrativo de “autorização de uso de bem público”, porque a feira acontece nas calçadas, no passeio público do centro da cidade. Se a editora obtiver esse ato administrativo, ele produzirá todos os efeitos que poderia produzir durante os dias de realização do evento; a editora poderá ocupar, com o seu estande, determinado espaço do passeio público. Imediatamente depois de terminada a feira, entretanto, o ato de “autorização de uso de bem público” passará a ser um ato consumado, exaurido; isso ocorre automaticamente, sem necessidade de edição de qualquer outro ato administrativo para que a condição de ato consumado seja declarada.

6.9. Noções de perfeição, validade, eficácia e exeqüibilidade

Em verdade, por detrás dessa última classificação dos atos administrativos estão os conceitos de perfeição, validade, eficácia e exeqüibilidade. Em edições anteriores desta obra, especificamente em relação ao conceito de eficácia, adotamos a classificação sugerida por Hely Lopes Meirelles, que a

distingue da noção de exeqüibilidade. Pensamos que, atualmente, para concursos públicos em geral, devemos mudar de orientação e adotar a definição de eficácia propugnada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme exporemos a seguir.

A **perfeição** diz respeito ao processo de formação do ato: encerrado o seu ciclo de formação, com a passagem por todas as fases de elaboração exigidas em lei (motivação, assinatura, publicação etc.), o ato é perfeito. Não há preocupação alguma, nesse conceito, com a existência ou não de vícios no ato (aspectos que dizem respeito à validade, a seguir comentada).

A **validade** diz respeito à verificação da conformidade do ato com a lei, isto é, se o ato foi praticado com adequação às exigências da lei. Se o ato foi praticado de acordo com a lei, será ele válido; caso contrário, inválido. Assim, um ato perfeito praticado de acordo com a lei é um ato válido; um ato perfeito praticado em desacordo com a lei é um ato inválido.

Como dissemos acima, entendemos que, especialmente para efeito de concursos públicos, devemos, atualmente, adotar a doutrina do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do conceito de eficácia. O renomado autor não diferencia eficácia de exeqüibilidade, como fazia o Professor Hely Lopes Meirelles. Para Celso Antônio, eficácia é a possibilidade atual, imediata, de produção de efeitos pelo ato. Para Hely Lopes, o ato eficaz seria tanto aquele que pode produzir efeitos imediatos como também aquele sujeito a termo ou condição. O termo e a condição apenas afetariam a exeqüibilidade do ato. Portanto, para Hely, o ato pendente seria eficaz, mas não exeqüível.

Pensamos que essas últimas não têm sido as definições adotadas nas provas objetivas de concursos públicos, mas sim as do Professor Celso Antônio. Transcrevemos, abaixo, a definição de eficácia do eminente administrativista:

“O ato administrativo é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.

Eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato.”

Portanto, **ato eficaz** é o que pode produzir efeitos imediatamente. Vemos que, por esse conceito de eficácia, que adotamos, todo ato pendente é ineficaz. As expressões ato pendente e ato ineficaz passam a ser sinônimas.

Também cabe notar que um **ato inválido pode ser eficaz**. Se o ato é perfeito, se já completou todo o seu ciclo de formação, e não está sujeito a qualquer condição ou termo, está pronto para produzir efeitos, seja ele válido ou inválido. Isso porque, conforme visto, os atributos da presunção de legitimidade e da imperatividade autorizam a imediata execução do ato, ainda que contenha ele vícios. O ato inválido é eficaz até ter a sua declaração de nulidade formalmente pronunciada pela Administração ou pelo Poder Judiciário.

Quanto ao conceito de **exeqüibilidade**, como dissemos, não tem sido ele adotado em concursos como algo diverso da eficácia. Assim, nossa opinião é que a expressão exeqüibilidade pode perfeitamente ser utilizada, mas como sinônimo de eficácia, ou seja, a possibilidade atual, imediata, de produção de efeitos pelo ato. É exeqüível ou eficaz (usando as expressões como sinônimas) o ato que está perfeito e não está pendente, por não depender de implemento de termo ou condição para produzir, já, seus efeitos.

Para finalizar este tópico, reproduzimos um trecho sobremodo ilustrativo da obra do Professor Celso Antônio B. de Mello, que, como dissemos, tem sido a posição adotada em provas objetivas de concursos públicos:

“Nota-se, por conseguinte, que um ato pode ser:

- a) perfeito, válido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e está disponível para deflagração dos efeitos que lhe são típicos;
- b) perfeito, inválido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação e apesar de não se achar conformado às exigências normativas, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes;
- c) perfeito, válido e ineficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para a eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora;
- d) perfeito, inválido e ineficaz – quando, esgotado seu ciclo de formação, sobre encontrar-se em desconformidade com a ordem jurídica, seus efeitos ainda não podem fluir, por se encontrarem na dependência de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou termo inicial, ou aprovação ou homologação dependentes de outro órgão).”

7. ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS

7.1. Atos normativos

Os atos administrativos normativos, como se infere da denominação utilizada, contêm comandos gerais e abstratos aplicáveis a todos os administrados que se enquadrem nas situações neles previstas.

Os atos normativos possuem conteúdo análogo ao das leis, com a principal diferença de não poderem inovar o ordenamento jurídico criando direitos ou deveres para os administrados que não se encontrem previstos em uma lei.

A função dos atos normativos não é, entretanto, simplesmente repetir o que se encontra enunciado na lei. Sendo destinados a possibilitar a fiel execução de leis pela Administração, os atos normativos devem esmiuçar, explicitar o conteúdo das leis que regulamentam.

Vale lembrar que, a partir da EC nº 32/2001, passaram a existir em nosso ordenamento decretos autônomos, ou seja, decretos que retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, que não são editados em função de qualquer lei, mas sim da Constituição. As matérias a serem disciplinadas por meio de decreto autônomo (matérias submetidas à denominada “reserva de Administração”) estão descritas no art. 84, VI, da Constituição, a saber: organização e funcionamento da Administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de cargos ou funções públicas, quando vagos. A disciplina dessas matérias pode ser objeto de delegação, pelo Presidente da República, a outras autoridades administrativas, nos termos do parágrafo único do art. 84 da Constituição.

Os atos administrativos normativos, quando disponham acerca de situações em tese não podem ser atacados pelos administrados mediante recursos administrativos ou mesmo na esfera judicial. Somente quando tais atos venham a gerar efeitos concretos para determinado administrado passa a ser possível sua invalidação por provocação direta do interessado, na esfera administrativa ou judicial (ex., mediante mandado de segurança).

São exemplos de atos normativos os decretos (ato privativo dos chefes do Poder Executivo – Presidente da República, Governadores e Prefeitos); os regulamentos (geralmente elaborados pelo corpo técnico de um ministério e aprovados por um decreto); as instruções normativas, os regimentos etc.

7.2. Atos ordinatórios

Os atos ordinatórios são atos administrativos internos, endereçados aos servidores públicos, que veiculam determinações atinentes ao adequado desempenho de suas funções.

Os atos ordinatórios têm por fulcro o poder hierárquico e somente vinculam os servidores que se encontram subordinados àquele que os expediu. Não atingem os administrados, não criando para eles direitos ou obrigações.

Os atos ordinatórios são inferiores em hierarquia aos atos normativos.

São exemplos de atos ordinatórios as instruções (orientações aos subalternos relativas ao desempenho de determinada função), as circulares internas (visando à uniformização do desempenho de determinada função), os avisos, as portarias (como a portaria que dá exercício a um servidor empossado), as ordens de serviço e os ofícios.

7.3. Atos negociais

Os atos negociais são editados em situações nas quais uma determinada pretensão do particular coincide com a manifestação de vontade da Administração, ainda que o interesse da Administração naquela situação seja apenas indireto.

Como se vê, não há imperatividade ou coercitividade nos atos negociais. O administrado requer à Administração o reconhecimento de uma situação, de um direito ou uma autorização para a prática de determinado ato e a Administração, sendo isso de seu interesse (ainda que indireto, ou que o interesse seja predominantemente do particular), ou seja, do interesse público, defere a pretensão do administrado.

Deve ficar claro que os atos negociais não são contratos, mas sim manifestações unilaterais de vontade da Administração (no mais das vezes provocada mediante requerimento ou solicitação do particular) coincidentes com a pretensão do particular. Os atos negociais produzem efeitos concretos e individuais para o administrado.

Os atos negociais, dependendo de sua espécie, podem ser vinculados ou discricionários e definitivos ou precários.

Os atos negociais **vinculados** são aqueles em que existe um direito do particular à sua obtenção. Uma vez atendidos pelo particular os requisitos previstos em lei para a obtenção do ato, não cabe à Administração escolha: o ato terá que ser praticado conforme o requerimento do particular, em que faça prova do atendimento dos requisitos legais.

Os atos negociais **discricionários** são aqueles que podem, ou não, ser praticados pela Administração, conforme seu juízo de oportunidade e conveniência. Assim, mesmo que o particular tenha atendido as exigências da lei necessárias ao requerimento da prática do ato, essa poderá ser negada pela Administração. Não existe um direito do administrado à prática do ato negocial discricionário; esta depende sempre do juízo de oportunidade e conveniência, privativo da Administração.

Os atos ditos **precários** são atos em que predomina o interesse do particular. Já sabemos que a Administração somente pode agir em prol do interesse público e que este é a finalidade de qualquer ato administrativo, requisito sem o qual o ato é nulo. Ocorre que há atos nos quais, ao lado do interesse público tutelado, existe interesse do particular, o qual, normalmente, é quem provoca a Administração para a obtenção do ato.

Os atos precários resultam de uma liberalidade da Administração, e por isso não geram direito adquirido para o particular e podem ser revogados a qualquer tempo pela Administração, inexistindo, de regra, direito à indenização para o particular.

Os atos **definitivos** embasam-se num direito individual do requerente. São atos em que visivelmente predomina o interesse da Administração. Tal não significa que não possam ser revogados. Embora a revogação destes atos não seja inteiramente livre, a ocorrência de interesse público superveniente autoriza sua revogação por haver ele se tornado inoportuno ou inconveniente, salvo na hipótese de o ato haver gerado direito adquirido para seu destinatário. Poderá surgir direito de indenização ao particular que tenha sofrido prejuízo com a revogação do ato.

Em resumo, os atos definitivos, quando admitem revogação, somente podem ser revogados mediante demonstração, pela Administração, de ocorrência de situação superveniente que torne o ato contrário ao interesse público. A revogação de atos definitivos por motivo superveniente costuma conferir ao particular direito à indenização dos prejuízos que tenha sofrido em decorrência da revogação.

As principais espécies de atos negociais são a seguir descritas.

7.3.1. *Licença*

A licença é um ato administrativo vinculado e, em princípio, definitivo.

Uma vez atendidas as exigências legais pelo interessado, deve a Administração concedê-la, existindo direito subjetivo do particular à sua obtenção, uma vez que se trata de ato vinculado. Esse também o motivo de sua presunção de definitividade, pois, enquanto estiverem sendo cumpridas as condições da lei, não cabe à Administração manifestar-se quanto à oportunidade e conveniência do ato para revogá-lo.

São exemplos a concessão de um alvará para a realização de uma obra, para o funcionamento de um estabelecimento, a licença para o exercício de uma profissão, a licença para dirigir etc.

7.3.2. *Autorização*

A autorização constitui um ato administrativo discricionário e precário. É o mais precário dos atos administrativos, justamente por ser aquele em que existe maior predomínio do interesse do particular (em alguns casos, o interesse pode ser exclusivo do particular, sendo necessária a autorização apenas pelo fato de a atividade ser potencialmente perigosa ou lesiva aos interesses da coletividade, exigindo controle por parte do Estado). Por meio do ato de autorização, o poder público possibilita ao particular a realização de alguma atividade ou a utilização de algum bem.

Consoante preleciona a Professora Maria Sylvia Di Pietro, há, no nosso ordenamento, pelo menos três distintas modalidades de autorização, todas elas, repita-se, consubstanciando atos administrativos discricionários e precários:

- 1) ato mediante o qual a Administração faculta ao particular determinada atividade de seu exclusivo interesse que, sem a autorização, seria ilegal. O exemplo típico é a autorização para porte de arma de fogo;
- 2) ato mediante o qual o poder público faculta ao particular a utilização de um bem público, denominada autorização de uso de bem público. Como exemplo, podemos citar o caso em que um município promova uma feira ou uma exposição em um salão de sua propriedade e faculte aos interessados, mediante autorização, a utilização dos estandes para a exposição de seus produtos. São também exemplos a autorização para utilização do passeio público pelas bancas de jornais; a autorização para bloquear o trânsito de uma rua para realização de competição esportiva etc.;
- 3) ato mediante o qual a Administração delega ao particular a exploração de um serviço público, denominada autorização de serviço público. É exemplo a autorização para a prestação do serviço de condutor autônomo de passageiros (táxi).

Segundo o entendimento doutrinário unânime, sendo a autorização ato discricionário, cabe exclusivamente à Administração decidir sobre a oportunidade e conveniência do deferimento, ou não, da autorização requerida. Em decorrência desse fato, não se pode cogitar de existência de direito do particular à obtenção da autorização (a menos que o ato de indeferimento apresente algum vício de ilegalidade). Pelo mesmo motivo, ainda que obtida a autorização, não surgiria para o particular direito à sua continuidade, podendo a Administração revogar, a qualquer tempo, a autorização, sem que coubesse ao particular direito a qualquer indenização.

Pois bem, no que respeita à autorização de serviço público (e somente a ela), esse entendimento doutrinário choca-se com o disposto na Lei Geral

de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). Essa Lei, com base no art. 21, XI, da Constituição, segundo o qual compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”, introduziu em nosso ordenamento a possibilidade de exploração desses serviços em regime privado e estabeleceu que, nesse caso, a exploração dependeria de autorização, a qual seria um ato vinculado. Portanto, nos termos da LGT, a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado seria um direito subjetivo de todo e qualquer particular que atenda às condições expressas na Lei. É o seguinte o teor do art. 131, § 1º, da LGT:

“§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

Não é difícil perceber, como registra a Professora Maria Sylvia Di Pietro, que a autorização foi descrita pela LGT com todas as características do ato que, no direito administrativo brasileiro, costuma ser definido como licença. A licença é concedida exatamente quando o administrado tem um direito subjetivo e, para exercê-lo, necessita apenas cumprir as condições impostas pelo poder público visando a evitar lesão ao bem-estar da coletividade. Satisfeitas as condições, não há margem de escolha para a Administração: a licença deve ser concedida. Em outras palavras, a licença é o ato vinculado que possibilita a todo particular que preencha os requisitos legais o exercício do direito a que ela se refere.

Em nossa opinião, o legislador optou por não utilizar o termo “licença” pelo simples fato de a Constituição expressamente referir-se à “autorização”. Pretendia-se instituir um verdadeiro direito subjetivo em favor de todos aqueles que desejassem prestar serviços de telecomunicações em regime privado, bastando que, simplesmente, satisfizessem as condições legais para tanto. Ocorre que esse objetivo não se coadunava com a utilização de um ato administrativo discricionário e precário, como sempre foram descritas, pela doutrina, pela jurisprudência e pelas leis, as autorizações. Criou-se, então, essa nova modalidade de autorização, ato vinculado. Alguns autores entendem que a LGT tentou burlar a Constituição ao assim proceder e que essa previsão de uma verdadeira “licença” para a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado seria inconstitucional. Não existe, até hoje, pronunciamento do STF sobre o assunto, mas somos de opinião de que a tendência será a aceitação dessa nova modalidade de autorização pelo nosso Poder Judiciário. Enquanto a LGT for vigente e considerada válida, devemos aceitar essa exceção ao conceito tradicional de autorização de ser-

viço público, conceito que, de toda forma, permanece válido para os demais casos em que não exista disposição legal expressa em contrário.

7.3.3. *Permissão*

A permissão, segundo a doutrina tradicional, é ato administrativo (portanto unilateral) discricionário e precário, mediante o qual é possibilitado ao particular realizar determinadas atividades cujo interesse predominante seja da coletividade.

A permissão distingue-se da concessão por ser esta última um contrato administrativo, para cujo aperfeiçoamento é necessária a concorrência de manifestação de vontades da Administração e do particular, sendo, portanto, bilateral. Embora seja ato, e não contrato, a permissão pode ser concedida sob condições impostas pela Administração.

A permissão deferida sob condições, especialmente condições onerosas para o permissionário, como a obrigação de realizar determinadas obras ou investimentos de interesse predominante da comunidade, embora não chegue a ter desnaturado seu caráter de precariedade, limita a liberdade da Administração no tocante à sua revogação.

Normalmente a revogação de permissão onerosa para o particular deve ser fundamentada ou em falta do particular e inadequada realização da atividade permitida ou em superveniência de interesse público, impondo-se, neste último caso, a indenização pelos gastos realizados. Em resumo, as permissões condicionadas e onerosas, embora não deixem de ser atos discricionários e precários, geram direitos para o permissionário (como direito à indenização) e sua revogação deve ser motivada e fundada em falta do particular ou superveniência de interesse público.

Devemos ressaltar que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a delegação da prestação de serviços públicos obrigatoriamente deve ser precedida de licitação, conforme expressa previsão constitucional (CF/88 art. 175).

A Lei nº 8.987/1995, que disciplina a concessão e a **permissão** de serviços públicos, conceitua permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

No art. 40, a Lei prevê a celebração de contrato nos casos de permissão, o que nos obriga a admitir, ao lado da clássica doutrina que conceitua permissão como ato administrativo precário, uma outra conceituação, aplicável às permissões de serviços públicos, segundo a qual estas seriam contratos

administrativos de adesão e precários. Segue o art. 40 da Lei nº 8.897, transcrito:

“Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.”

Portanto, atualmente, o conceito de permissão como **ato administrativo** negocial somente pode ser aplicado às permissões que **não** constituam delegação de serviços públicos. É exemplo de ato administrativo negocial a permissão de uso de bem público. Quando a permissão consubstanciar delegação de serviço público, será um contrato de adesão (embora seja um contrato, a Lei nº 8.897/1995, como vimos, reafirma o caráter precário da permissão), obrigatoriamente precedido de licitação, em virtude de expresse comando constitucional (CF, art. 175).

7.4. Atos enunciativos

Os atos enunciativos não contêm uma manifestação de vontade da Administração. São, portanto, considerados atos administrativos apenas em sentido formal.

Os atos enunciativos declaram, a pedido do interessado, uma situação jurídica preexistente relativa a um particular. A Administração atesta ou certifica um fato ou uma situação de que tem conhecimento atinente ao particular em razão de alguma espécie de relação jurídica que exista ou tenha existido entre ambos.

Os atos enunciativos mais importantes são:

a) certidão

Uma certidão é uma cópia de um registro constante de algum livro em poder da Administração que seja do interesse do administrado requerente.

A obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, independentemente do pagamento de taxas, é direito individual constitucional plasmado no art. 5º da Carta de 1988. Devemos lembrar, ainda, que, nos termos do art. 205 do CTN, a prova de quitação de tributos pode ser feita por meio de certidão negativa de débitos, expedida pela Administração Fazendária no prazo de 10 dias da data de entrada do requerimento na repartição.

Para as outras espécies de certidões administrativas, inexistindo lei específica, o prazo de expedição deve ser de 15 dias, improrrogáveis, contados do registro do pedido.

b) atestado

O atestado é uma declaração da Administração referente a uma situação de quem tem conhecimento em razão de atividade de seus órgãos. O fato ou situação declarado no atestado não consta de livro ou arquivo da Administração.

c) parecer

Um parecer é um documento técnico, de caráter opinativo, emitido por órgão especializado na matéria de que trata. O parecer, enquanto não aprovado por um outro ato administrativo emanado de autoridade competente, não vincula a Administração às suas conclusões.

Um parecer aprovado por ato de autoridade competente passa a vincular a Administração, tornando-se norma de procedimento interno, de observância obrigatória para todos os órgãos e servidores subordinados à autoridade que o tenha aprovado. Esses pareceres aprovados por ato de autoridade administrativa, quando publicados na imprensa oficial, desempenham a função de verdadeiros atos gerais e normativos (são, comumente, denominados pareceres normativos) e podem gerar direitos e obrigações para os administrados (contanto que, evidentemente, nos termos e limites da lei ou das leis a que se refiram).

d) apostila

Apostilar é anotar à margem, emendar, corrigir, complementar um documento.

Apostila é um aditamento a um ato administrativo, ou a um contrato administrativo, para o fim de retificá-lo, atualizá-lo ou complementá-lo. É um ato aditivo, que pode ser usado para corrigir dados constantes de um documento, ou para registrar alterações. Utiliza-se, por exemplo, para anotação de alterações na situação funcional de um servidor, como promoções, locais de lotação, registro de tempo de serviço em cargos anteriores, aposentadoria etc. Frequentemente emprega-se o vocábulo “averbação” como sinônimo de “apostila”.

A Lei nº 8.666/1993 refere-se a esse ato no § 8º de seu art. 65, segundo o qual “a variação do valor contratual para fazer face ao **reajuste** de preços previsto no próprio contrato, as **atualizações**, compensações ou penalizações

financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser **registrados por simples apostila**, dispensando a celebração de aditamento”.

7.5. Atos punitivos

Os atos punitivos são os meios pelos quais a Administração pode impor diretamente sanções a seus servidores ou aos administrados em geral.

O ato punitivo pode ter fundamento:

- a) no poder disciplinar, no que tange aos servidores públicos e aos particulares ligados à Administração por algum vínculo jurídico específico (por exemplo, um contrato administrativo);
- b) no poder de império, quanto aos particulares em geral, não ligados à Administração por vínculo jurídico específico.

Não deve a edição de atos punitivos ser confundida com o exercício do *jus puniendi* do Estado, por meio do qual este aplica o Direito Penal objetivo visando a reprimir as infrações conceituadas em lei como crimes ou contravenções. O exercício do *jus puniendi* sempre exige intervenção prévia do Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre relativamente às sanções administrativas. As sanções administrativas podem, sempre que consubstanciadas em um ato administrativo auto-executório, ser diretamente aplicadas pela Administração, sem necessidade de intervenção **prévia** do Judiciário.

Os atos punitivos podem ser internos, quando têm como destinatários os servidores públicos. São exemplos as penalidades disciplinares, qual a advertência, a suspensão ou a demissão.

Podem, diversamente, ser atos externos, tendo como destinatários os particulares que pratiquem infrações administrativas em geral. São exemplos as penalidades aplicadas no âmbito da atividade de polícia administrativa e as sanções administrativas aplicadas aos particulares incumbidos da execução de contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993, arts. 86 e 87).

8. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo em vigor permanecerá no mundo jurídico até que algo capaz de alterar esta situação lhe aconteça. Uma vez publicado, esteja eivado de vícios ou não, terá vigência e deverá ser cumprido, em respeito

ao atributo da presunção de legitimidade, até que ocorra formalmente o seu desfazimento.

O desfazimento do ato administrativo poderá ser resultante do reconhecimento de sua ilegitimidade, de vícios na sua formação, ou poderá simplesmente advir da desnecessidade de sua existência, isto é, mesmo legítimo o ato pode tornar-se desnecessário e pode ser declarada inoportuna ou inconveniente a sua manutenção. Poderá, ainda, resultar da imposição de um ato sancionatório ao particular que deixou de cumprir com os requisitos exigidos para a manutenção do ato.

Dessa distinção surge a noção de revogação, anulação e cassação, espécies do gênero desfazimento do ato administrativo.

8.1. Anulação

A anulação deve ocorrer quando há vício no ato, relativo à legalidade ou legitimidade (ofensa à lei ou ao Direito). É sempre um controle de legalidade, nunca um controle de mérito.

Quando o vício for insanável, o ato é nulo e a anulação é obrigatória; quando for sanável, o ato é anulável, e pode ser anulado ou convalidado (a convalidação é privativa da Administração).

A anulação de atos com vícios insanáveis é, ela própria, um ato vinculado, ou seja é obrigatória.

Tanto atos vinculados quanto atos discricionários são passíveis de anulação. O que nunca existe é anulação de um ato discricionário por questão de mérito administrativo, ou seja, a esfera do mérito não é passível de controle de legalidade. Isso é a mesma coisa que dizer que um ato nunca pode ser anulado por ser considerado inoportuno ou inconveniente.

Como a anulação retira do mundo jurídico atos com defeito de validade (atos inválidos), ela retroage seus efeitos ao momento da prática do ato (*ex tunc*).

Isso quer dizer que, como regra, todos os efeitos produzidos pelo ato devem ser desfeitos. O ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes, não cria situações jurídicas definitivas e não admite convalidação.

Devem, entretanto, em homenagem ao princípio da boa-fé e à presunção de legitimidade dos atos administrativos, ser resguardados os efeitos já produzidos em relação aos terceiros de boa-fé. Isso não significa que o ato nulo gere direito adquirido. Nunca há direito adquirido à produção de efeitos de um ato nulo. O que ocorre é que os efeitos **já produzidos**, perante **terceiros** de boa-fé (não é a parte envolvida diretamente na relação nula, é um terceiro), não serão desfeitos.

Um exemplo é o do servidor cujo ingresso no serviço público decorre de um ato nulo (a nomeação ou a posse contém vício insanável). Imagine-se que esse servidor emita uma certidão negativa de tributos para João e, no dia seguinte, ele seja exonerado em decorrência da nulidade de seu vínculo com a Administração. Os efeitos dos atos praticados entre ele e a Administração devem ser desfeitos. Mas João, que obteve a certidão, é um terceiro. Sua certidão é válida.

Uma observação: o servidor não terá que devolver as remunerações já recebidas, decorrentes de seu trabalho. Mas isso tem fundamento em outra regra, que se sobrepõe, que prevalece sobre o desfazimento dos efeitos do ato nulo. Essa regra maior é a vedação ao enriquecimento sem causa. O serviço, mesmo fundado em vínculo nulo, foi efetivamente prestado ao Estado; se a remuneração fosse devolvida, haveria enriquecimento sem causa do Estado.

A anulação pode ser feita pela Administração (controle interno), de ofício ou mediante provocação, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação.

Em alguns casos, há um prazo para a anulação, pelo menos na esfera federal. Ele é de cinco anos, se o ato for favorável ao administrado e se este estiver de boa-fé. Se o ato for desfavorável ao administrado ou se a Administração, no caso de um ato favorável, comprovar que o administrado agiu de má-fé, não há prazo previsto em lei federal para a anulação.

Essas regras decorrem do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Esse dispositivo será novamente analisado no estudo da convalidação.

8.2. Revogação

Revogação é a retirada, do mundo jurídico, de um **ato válido**, mas que, segundo critério discricionário da Administração, tornou-se inoportuno ou inconveniente.

Na lição do Professor Hely Lopes Meirelles, “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência”.

A revogação tem fundamento no poder discricionário, ou seja, ela é, em si, um ato discricionário, uma vez que decorre exclusivamente de critério de oportunidade e conveniência. Ademais, somente se aplica aos atos discricionários, isto é, só atos discricionários podem ser revogados.

A revogação somente produz efeitos prospectivos, para frente (*ex nunc*), porque o ato revogado era válido, não tinha vício nenhum. Além disso, devem ser respeitados os direitos adquiridos.

A revogação é ato privativo da Administração que praticou o ato revogado.

Cabe aqui um esclarecimento muito importante: todos os Poderes têm competência para revogar os atos administrativos por eles próprios editados.

Já mencionamos que, embora os atos administrativos sejam tipicamente atos do Poder Executivo (em virtude de sua função precípua), todos os Poderes, em exercício de funções atípicas ou acessórias, editam atos administrativos.

Assim, é correto afirmarmos, por exemplo, que o Poder Judiciário jamais revogará um ato administrativo no exercício de sua função típica jurisdicional (o Poder Judiciário jamais revogará um ato administrativo editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo).

Entretanto, os atos administrativos editados pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de suas funções administrativas, somente poderão ser revogados por ele próprio (Judiciário), ressaltando-se que, ao revogar seus próprios atos administrativos, o Judiciário não estará exercendo função jurisdicional, mas sim administrativa (estará considerando inoportuno ou inconveniente o ato por ele editado).

8.2.1. Atos irrevogáveis

O poder de revogação da Administração Pública, fundado no poder discricionário, não é ilimitado. Existem determinadas situações, seja pela natureza do ato praticado, seja pelos efeitos por ele já produzidos, que são insuscetíveis de modificação por parte da Administração, com base em critérios de conveniência ou oportunidade. São as hipóteses de atos irrevogáveis ou situações em que a revogação não é cabível, decorrentes das limitações ao poder de revogar.

São insuscetíveis de revogação:

- 1ª) os atos consumados, que exauriram seus efeitos (a impossibilidade de revogá-los decorre de uma questão lógica, uma vez que, sendo a revogação prospectiva, *ex nunc*, não faz sentido revogar um ato que não tem mais nenhum efeito a produzir);

Por exemplo, um ato que concedeu uma licença funcional discricionária a um servidor; se este já gozou a licença, o ato já exauriu seus efeitos, e não há que se cogitar de revogação. Um ato de autorização de uso de bem público por prazo determinado; expirado o prazo, a autorização é um ato consumado, que já exauriu seus efeitos, tornando-se inteiramente sem sentido pretender revogá-la.

- 2ª) os atos vinculados, porque não comportam juízo de oportunidade e conveniência;

Por exemplo, se o indivíduo preenche todos os requisitos exigidos para o exercício de determinada profissão regulamentada em lei, tem direito a obter a licença do Poder Público para o seu exercício, e essa licença não pode ser revogada pela Administração. Posteriormente, se o indivíduo deixar de atender às condições exigidas para ter direito ao exercício da profissão, sua licença será passível de cassação, mas nunca de revogação.

- 3ª) os atos que já geraram direitos adquiridos, gravados por garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI);

- 4ª) os atos que integram um procedimento, porque, sendo o procedimento administrativo uma sucessão ordenada de atos, a cada ato praticado passa-se a uma nova etapa do procedimento, ocorrendo a **preclusão** administrativa relativamente à etapa anterior, ou seja, torna-se incabível uma nova apreciação do ato anterior quanto ao seu mérito;

Por exemplo, no procedimento de licitação, o ato de adjudicação do objeto ao vencedor não pode ser revogado quando já celebrado o respectivo contrato.

Também não é cabível a revogação quando já se exauriu a competência da autoridade que editou determinado ato. Por exemplo, se uma pessoa apresentou recurso administrativo contra uma decisão proferida em um processo administrativo, e o recurso já está sendo apreciado pela instância superior, a autoridade que praticou o ato recorrido não mais poderá revogá-lo, porque já está exaurida sua competência nesse processo.

Por fim, a Profª. Maria Sylvia Di Pietro aponta como irrevogáveis, ainda, os atos que ela denomina “**meros atos administrativos**”. Para a autora, são exemplos de “meros atos administrativos” as certidões, os atestados, os votos, e eles seriam irrevogáveis “porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei”.

Ousamos propor uma explicação um pouco diferente da apresentada pela insigne administrativista. Pensamos que as certidões e atestados, como todos os atos **meramente declaratórios**, não podem ser revogados porque eles se limitam a declarar que uma situação existe, ou não existe, sendo descabido “revogar a realidade”.

De forma mais abrangente, a nosso ver, os atos a que se refere a eminente autora não são passíveis de revogação porque não comportam qualquer juízo de oportunidade ou conveniência quanto a serem ou não praticados, tampouco quanto aos efeitos que devam produzir. Clara fica essa conclusão quando se analisa a asserção de Maria Sylvia segundo a qual há impossibilidade de revogação “porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei”. Ora, sendo esse o motivo, configurada está, antes de mais nada, situação em que a lei afasta apreciação de conveniência e oportunidade por parte da Administração, análoga à que se verifica na prática de atos vinculados, independentemente da sua classificação doutrinária como “meros atos administrativos”.

8.3. Cassação

A cassação é a extinção do ato administrativo quando o seu beneficiário deixa de cumprir os requisitos que deveria permanecer atendendo, como exigência para a manutenção do ato e de seus efeitos. No mais das vezes, a cassação funciona como uma sanção para aquele particular que deixou de cumprir as condições exigidas para a manutenção de um determinado ato.

Por exemplo, a cassação de uma licença para construir, concedida pelo Poder Público sob determinadas condições previstas em lei, na hipótese de o particular vir a descumprir tais condições; a cassação de uma licença para o exercício de certa profissão, quando o profissional incorrer numa das hipóteses em que a lei autorize essa medida.

8.4. Outras formas de extinção do ato administrativo

A anulação, a revogação e a cassação são classificadas como formas do chamado **desfazimento volitivo**, resultante da manifestação expressa do administrador ou do Poder Judiciário, relativamente ao ato que esteja sendo extinto. Há, porém, formas de extinção do ato administrativo que independem de manifestação expressa relativa ao ato extinto, ou mesmo que independem de qualquer manifestação ou declaração. Enumeramos as principais delas a seguir.

A **extinção natural** desfaz um ato administrativo pelo mero cumprimento normal de seus efeitos. Ex.: uma permissão de uso concedida por dois meses será extinta, naturalmente, no termo final desse prazo.

A **extinção subjetiva** ocorre quando há o desaparecimento do sujeito que se beneficiou do ato. Ex.: uma autorização para o porte de arma para o particular extingue-se com o seu falecimento.

A **extinção objetiva** ocorre quando desaparece o próprio objeto do ato praticado. Em razão de um fato superveniente, o ato fica sem objeto, desfazendo-se. Ex.: o ato de interdição de uma empresa é desfeito se esta vem a ser extinta pelos seus sócios.

A **caducidade** ocorre quando uma nova legislação impede a permanência da situação anteriormente consentida pelo Poder Público. Surge uma nova norma jurídica que contraria aquela que respaldava a prática do ato. O ato, que passa a contrariar a nova legislação, extingue-se. O Prof. José dos Santos Carvalho Filho cita o seguinte exemplo: “uma permissão para uso de um bem público; se, supervenientemente, é editada lei que proíbe tal uso privativo por particular, o ato anterior, de natureza precária, sofre caducidade, extinguindo-se”. Outro exemplo é apresentado pela Profa. Maria Sylvia Di Pietro: “a caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso”.

Por fim, cabe citar a **contraposição**, na qual um ato, emitido com fundamento em uma determinada competência, extingue outro ato, anterior, editado com base em competência diversa, ocorrendo a extinção porque os efeitos daquele são opostos aos deste. O ato anterior será extinto pelo ato superveniente cujos efeitos são a ele contrapostos. O exemplo dado pela Profa. Maria Sylvia Di Pietro é a exoneração, que tem efeitos contrapostos aos da nomeação (o ato de nomeação é extinto automaticamente pelo ato de exoneração, sem que seja necessário praticar um terceiro ato, afirmando que ficou “cancelada”, ou que se tornou “sem efeitos” a nomeação do servidor exonerado).

9. CONVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina administrativista tradicional, encabeçada pelo consagrado Professor Hely Lopes Meirelles, costumava defender a tese de que os atos administrativos, relativamente à existência de vícios em sua formação, somente poderiam ser considerados válidos – sem vícios – ou nulos – caso presente vício pertinente a algum de seus requisitos essenciais.

Criticavam, os principais autores, a tentativa de transposição, para o direito administrativo, das teorias civilistas relativas aos vícios de consentimento na prática de atos jurídicos e a conseqüente situação de anulabilidade destes atos.

Com efeito, para o direito privado, o ato praticado com algum vício na formação de vontade é considerado um ato anulável, ou seja, poderá ser invalidado mediante provocação da parte interessada. Entretanto, inexistindo provocação nesse sentido dentro de um prazo determinado, o ato será considerado válido e plenamente operante, produzindo todos os efeitos que lhe são próprios.

A essa possibilidade de “correção” de defeito existente em ato jurídico, decorrente (a “correção”) da inexistência de interesse em ver anulado o ato, da parte a quem caberia a iniciativa de provocar a anulação, dá-se o nome de convalidação (denominada por alguns autores de *aperfeiçoamento*, *saneamento* ou *sanatória*). Expirado o prazo decadencial para que o interessado requeira a anulação do ato, este passa a ser um ato convalidado, não mais passível de anulação.

A doutrina tradicional entendia que, no caso do direito administrativo, ramo do direito público, não faria sentido falar-se em “vontade”, uma vez que a única “vontade” de que se pode cogitar na edição de um ato administrativo é a “vontade” da lei. Portanto, existindo vício, o ato seria ilegal, e a única providência cabível seria declarar sua nulidade.

A Lei nº 9.784/1999, que regulou os processos administrativos no âmbito da Administração federal, entretanto, frontalmente divergiu da posição doutrinária clássica relativamente à possibilidade de convalidação de atos administrativos.

Com efeito, o art. 55 da Lei nº 9.784/1999 prevê a possibilidade de convalidação expressa, por iniciativa discricionária da Administração, quando o ato tenha sido praticado com **defeitos sanáveis**, e desde que não acarrete lesão ao interesse público ou a terceiros.

Há uma outra possibilidade de convalidação prevista na Lei nº 9.784/1999, mas nada tem ela a ver com controle de legalidade, ou melhor, ela impede que esse controle seja feito. Trata-se do disposto no art. 54 dessa lei, segundo o qual, quando os efeitos do ato viciado forem favoráveis ao administrado (qualquer que seja o vício), a Administração dispõe de cinco anos para anulá-lo. É um prazo decadencial. Findo esse prazo sem manifestação da Administração, a decadência do direito de anulá-lo importará convalidação do ato, tornando-se definitivos os efeitos dele decorrentes, salvo comprovada má-fé do beneficiário (o ônus da prova é da Administração). Trata-se de hipótese de convalidação por decurso de prazo, decorrente de omissão da Administração, ou seja, de situação em que a Administração não efetuou o controle de legalidade e não mais poderá fazê-lo, em razão da decadência de seu direito de anular o ato viciado.

Em síntese, a partir da Lei nº 9.784/1999, que orienta o processo administrativo federal, a teoria dualista, que sempre acatou a existência dos atos

administrativos nulos e anuláveis, tornou-se positivada. Não se discute mais a possibilidade de convalidação de atos administrativos no direito administrativo brasileiro: ela está expressa no art. 55 da referida lei.

A regra, porém, continua sendo a anulação dos atos ilegais, em homenagem aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Aliás, a própria Lei nº 9.784/1999 estabeleceu que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis **poderão** ser convalidados pela própria Administração” (art. 55).

Como se vê, a convalidação foi positivada como uma **faculdade** da Administração, como um **ato discricionário** do Poder Público, que só é legítimo quando devidamente motivado e comprovada a não ocorrência de lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros. Afora essas hipóteses, a Administração está obrigada a anular seus atos ilegais.

A nosso ver, andou bem o legislador federal ao conferir à Administração a faculdade de convalidar certos atos administrativos. Existem, de fato, certas situações em que o prejuízo resultante da anulação de um ato pode ser muito maior do que o decorrente da manutenção, vale dizer, da convalidação do ato irregular. Nessas hipóteses excepcionais é que o administrador público poderá, obedecidos os princípios da motivação, da moralidade e da impessoalidade, valorar a conveniência e a oportunidade de convalidar certo ato.

Não obstante, é interessante anotar que os Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro, com base na doutrina de Weida Zancaner (“Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1996), defendem a idéia de que, como regra geral, o ato de convalidação deve ser considerado ato administrativo vinculado. A Professora Maria Sylvia reconhece que essa posição é contrária ao que está expresso no art. 55 da Lei nº 9.784/1999, que atribui poder discricionário à Administração federal para convalidar o ato com defeitos sanáveis.

Feita novamente essa importante ressalva – **por força da Lei nº 9.784/1999**, art. 55, a convalidação expressa, na esfera federal, é tratada como ato discricionário –, transcrevemos os seguintes excertos da obra da Professora Maria Sylvia Di Pietro (“Direito Administrativo”, 20ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2007, pp. 228 e 229):

“Evoluímos, no entanto, a partir da 11ª edição, para acompanhar o pensamento de Weida Zancaner (1990:55), no sentido de que o ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário. Entende a autora que ‘só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de

convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente (...)’.

Assiste razão à autora, pois, tratando-se de ato vinculado praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato; a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária.”²

O ato de convalidação tem efeitos *ex tunc*, retroagindo seus efeitos ao momento em que foi praticado o ato originário (objeto da convalidação).

9.1. A convalidação e os diferentes vícios do ato

A doutrina firmou entendimento no sentido de que nem sempre é factível a convalidação do ato administrativo. Depende do tipo de vício, de que elemento do ato administrativo foi praticado com vício. Vejamos, a seguir, a possibilidade de convalidação, levando-se em conta os diferentes elementos do ato administrativo.

9.1.1. Competência

O ato praticado com vício de **incompetência em razão do sujeito** admite convalidação, podendo a autoridade competente ratificar o ato praticado

² Como afirmado, a mesma posição é propugnada por Celso Antônio B. de Mello. O autor, consignando expressamente arrimar-se nos “ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner”, assevera que a Administração “não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar, ressalvada uma única hipótese: tratar-se de vício de competência em ato de conteúdo discricionário. Neste único caso, cabe ao superior hierárquico, a quem competiria expedi-lo, decidir se confirma o ato ou se reputa inconveniente fazê-lo, quando, então, será obrigado a invalidá-lo”. Pensamos não ser excessivo lembrar que essa posição é contrária ao que restou positivado na Lei nº 9.784/1999, cujo art. 55, que disciplina a convalidação expressa na esfera federal, explicitamente dispõe que a Administração **poderá** convalidar os atos que apresentem defeitos sanáveis.

pelo sujeito incompetente, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, caso em que se exclui a possibilidade de delegação ou avocação. Ex.: Se um Ministro de Estado pratica um ato de competência do Presidente da República, este poderá ratificá-lo, caso cuide de matéria não exclusiva. Se a matéria for de competência exclusiva, não delegável, a convalidação não poderá ocorrer.

O ato praticado com vício de **incompetência em razão da matéria** não admite convalidação. Ex.: Se um Ministério pratica ato cuidando de matéria de competência de outro Ministério, não há que se falar em convalidação, pois nessa hipótese também estaremos diante de competência exclusiva.

Enfim, em se tratando de **competência exclusiva**, não é possível a convalidação.

9.1.2. *Finalidade e motivo*

Obviamente, quando o vício incidir sobre um desses elementos, não há que se falar em convalidação.

O motivo, como determinante da prática do ato, ou ocorreu ou não ocorreu no momento da prática do ato, não se pode alterar essa situação supervenientemente (fazer surgir um motivo num momento posterior, com efeitos retroativos!).

A finalidade, que sempre deve ser o interesse público, também não tem como ser convalidada, pois não se muda posteriormente a intenção do agente no momento da prática do ato.

9.1.3. *Objeto*

O objeto ilegal também não pode ser objeto de convalidação. Se o objeto de uma permissão é ilegal, esta não poderá ser convalidada.

9.1.4. *Forma*

O vício de forma pode ser objeto de convalidação, desde que ela não seja essencial à validade do ato.

Capítulo 9

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUÇÃO

O assunto contratos administrativos, de longa data, vem sendo estudado e sistematizado pela doutrina, devendo destacar-se, mais uma vez, a excelente exposição do tema obra por Hely Lopes Meirelles em seu “Direito Administrativo Brasileiro”. É, entretanto, fundamental termos em vista que, hoje em dia, a disciplina dos contratos administrativos encontra-se praticamente exaurida nos arts. 54 a 80 da Lei nº 8.666/1993. Já no art. 54 desta Lei, vemos que os contratos administrativos nela tratados regulam-se pelas cláusulas deles constantes e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado.

2. NOÇÕES DE CONTRATO

Contratos não se confundem com atos jurídicos. Enquanto os atos jurídicos, entre os quais se enquadram os atos administrativos, são sempre unilaterais, os contratos são acordos, por isso, **bilaterais**.

Maria Helena Diniz, em seu “Dicionário Jurídico”, conceitua **contrato** como “acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

De Plácido e Silva, em sua clássica obra “Vocabulário Jurídico”, salienta que nos contratos, o concurso de vontades das partes contratantes é elemento essencial para a sua validade.

O princípio da autonomia da vontade é o mais importante postulado informador dos contratos, sejam eles de natureza pública ou privada. Com efeito, embora nos contratos regidos por normas de Direito Público, como é o caso dos contratos administrativos, a Administração detenha prerrogativas especiais – as ditas cláusulas exorbitantes, que estudaremos adiante – sempre será necessária a livre manifestação de vontade do particular para a formação do vínculo contratual. Vale dizer, o particular não pode ser obrigado a, contra sua vontade, procurar a Administração para celebrar um contrato, ainda que se trate de um contrato regido pelo Direito Público. A iniciativa de contratar deve sempre ser livre; após a assinatura do contrato, aí sim, as partes passam a estar vinculadas às suas cláusulas e às disposições legais a ele relativas.

Para a validade de um contrato, entretanto, não basta a livre manifestação de vontade das partes. É necessário que o contrato não contrarie disposição legal, que seu objeto seja lícito e possível e que as partes contratantes sejam capazes. Além disso, sempre que a lei exigir forma determinada para um contrato, como elemento essencial, o desatendimento da forma prevista na lei implicará nulidade do contrato.

Os contratos administrativos, evidentemente, são espécie do gênero contratos. Além do princípio da autonomia da vontade, todo contrato, privado ou público, é regido por dois outros importantes princípios: *lex inter partes* (o contrato faz lei entre as partes, não podendo, por isso, em princípio, ser unilateralmente alterado) e *pacta sunt servanda* (obrigação que têm as partes de cumprir fielmente o entre elas avençado).

3. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Hely Lopes Meirelles conceitua contratos administrativos como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Devemos observar que esta conceituação refere-se apenas aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, que são justamente aqueles em que a Administração atua **nessa qualidade** e, portanto, dotada das prerrogativas características de Direito Público (supremacia).

Entretanto, a Administração, em muitos casos, celebra, também, contratos sob normas predominantes do Direito Privado, caso em que, em princípio,

encontra-se ela, a Administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico, ou, mais freqüentemente, “contrato da Administração”. Exemplos são os contratos de locação em que a Administração figura como locatária; os contratos de compra e venda em que uma sociedade de economia mista esteja vendendo bens de sua produção; os contratos de abertura de conta corrente firmados entre os particulares e os bancos estatais (Banco do Brasil, Caixa Econômica); os contratos de compra e venda de ações, quando, por exemplo, a União esteja alienando, em bolsa de valores, ações de sua propriedade relativas a parcela do capital de uma sociedade de economia mista, sem transferência do controle; etc.

Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão “**contrato administrativo**” para referir-se aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Público, nos quais a Administração figura em posição jurídica de supremacia, e, em contraposição, o termo “**contrato da Administração**”, para aludir aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado, em que a Administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.

Apesar de ser pacífica a existência desses contratos celebrados pela Administração regidos predominantemente pelo Direito Privado, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 62, § 3º, inciso I, depois de expressamente reconhecer a existência de contratos da Administração cujo conteúdo seja regido predominantemente por norma de direito privado (a Lei expressamente alude, de forma exemplificativa, a contratos de seguro, financiamento e locação em que o Poder Público seja locatário), fez estenderem-se a tais contratos, **no que couber**, as principais prerrogativas da Administração aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescindi-lo unilateralmente, a fiscalização de sua execução, aplicação de sanções, ocupação provisória (para garantia da manutenção da continuidade de serviços essenciais).

Observa-se, portanto, que se atenuou a distinção entre “contratos administrativos” e “contratos da Administração”, porque as mais importantes prerrogativas de Direito Público, que caracterizam os contratos administrativos propriamente ditos, passaram, por força da Lei nº 8.666/1993, a ser aplicáveis aos demais contratos celebrados pela Administração. É verdade, entretanto, que as prerrogativas de Direito Público aplicam-se aos “contratos da Administração” somente **no que couber** e, sem dúvida, nos casos em que o conteúdo do contrato seja próprio do domínio econômico, muito poucas ou mesmo nenhuma cláusula estranha ao Direito Privado poderá ser considerada “cabível”. Em suma, a Lei criou uma área de insegurança jurídica, porque reconhece que há contratos celebrados pela Administração que são regidos predominantemente pelo Direito Privado, mas, ao mesmo tempo, afirma que

a eles se aplicam prerrogativas de Direito Público em favor da Administração, mas somente “no que couber”, sem que se possa saber quando é que, efetivamente, caberá a aplicação de alguma dessas prerrogativas a esse tipo de contrato!

A nota peculiar dos contratos administrativos, que os diferencia dos contratos privados, consubstancia-se nas genericamente denominadas cláusulas exorbitantes, que são exatamente as prerrogativas próprias do Direito Público atribuídas à Administração; estudaremos as cláusulas exorbitantes adiante.

Dentre as principais características dos contratos administrativos, pode-se mencionar serem eles sempre consensuais, e, em regra, formais, onerosos, comutativos e realizados *intuitu personae* (devem ser executados, de regra, por quem os celebrou, não se admitindo a livre subcontratação). Além dessas características, os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, somente inexigível ou dispensável nos casos expressamente previstos na Lei.

3.1. Atuação da Administração Pública como Poder Público

Como dissemos, para que um contrato celebrado pela Administração Pública seja considerado um contrato administrativo típico, é necessário que a Administração esteja agindo na qualidade de Poder Público, ou seja, o contrato deve ter por finalidade essencial a tutela do interesse público. Por esse motivo, a Administração é investida, pela lei, de prerrogativas especiais que assegurem o adequado cumprimento do contrato, possibilitando-se a ela a fiscalização de sua execução, a imposição de penalidades, a alteração unilateral das cláusulas de serviço, enfim, todas as prerrogativas, denominadas **cláusulas exorbitantes**, que subordinam os interesses do particular aos interesses da coletividade.

Repetimos que o art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666 estendeu, **no que couber**, as principais prerrogativas características dos contratos administrativos típicos (aqueles em que a Administração atua como Poder Público) aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de Direito Privado.

3.2. Finalidade pública

Toda a atuação da Administração Pública deve ter por fim o interesse público. Existem, entretanto, graduações, conforme predomine o interesse

público, haja concorrência entre os interesses público e particular, ou mesmo predomine o interesse do particular.

Nos contratos administrativos, predomina o interesse público. Evidentemente, o particular tem que possuir interesse na celebração do contrato, uma vez que o princípio da autonomia da vontade aplica-se também aos contratos administrativos, no que respeita ao momento de formação do vínculo contratual, à celebração do contrato pelo particular. A Administração não pode obrigar ninguém a procurá-la para celebrar um contrato; simplesmente propõe a celebração, expondo os termos do futuro contrato no edital de convocação para o procedimento licitatório prévio, e os interessados em contratar habilitam-se para participação na licitação, sabendo que, se vencedores, deverão celebrar o contrato naqueles termos expostos no edital e submeter-se às normas estabelecidas na Lei nº 8.666/1993.

Contratos como os que visem à realização de uma obra pública (a construção de uma escola, p. ex.), à concessão de um serviço público, ao fornecimento de produtos à Administração (contrato para fornecimento de merenda a uma escola pública, p. ex.) são contratos administrativos típicos, em que a finalidade pública é imediata e evidente.

Em outras situações, a Administração pode celebrar contratos em que a finalidade pública seja apenas mediata, ou indireta, como um contrato de compra e venda de ações pertencentes a uma sociedade de economia mista, negociadas em bolsa de valores. Esses contratos somente são considerados contratos administrativos em sentido amplo, ou contratos administrativos atípicos.

3.3. Formalismo

Os contratos administrativos são sempre formais e escritos.

É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, **salvo o de pequenas compras de pronto pagamento**, assim entendidas aquelas de valor não superior a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único).

Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua celebração, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 8.666 e às cláusulas contratuais (art. 61).

Além desses requisitos, o resumo do instrumento de contrato, qualquer que seja o seu valor (inclusive os contratos sem ônus), deve ser **publicado** na imprensa oficial, como condição indispensável à **eficácia** do contrato (art. 61, parágrafo único). Nas situações de inexigibilidade de licitação e na maioria

das hipóteses de dispensa é exigida, também, para a eficácia desses atos de inexigibilidade ou dispensa, a ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial (art. 26). Nesses casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, para o contrato decorrente ter eficácia são exigidas, portanto, duas formalidades: (a) ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial dos atos de inexigibilidade ou dispensa; (b) publicação do resumo do instrumento do contrato respectivo na imprensa oficial.

Conforme o art. 62 da Lei nº 8.666, o **instrumento de contrato** é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação. Nos demais casos, o instrumento de contrato é facultativo. Não significa isso que o vínculo obrigacional seja verbal. A Lei estabelece que, na hipótese de dispensar o uso do instrumento de contrato, a Administração deverá substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A Lei permite, também, que a Administração dispense o “termo de contrato”, facultando a substituição por outros instrumentos hábeis, como acima exemplificado, a seu critério e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica (art. 62, § 4º).

No intuito de assegurar a publicidade dos contratos administrativos, dispõe a Lei que é permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos (art. 63).

3.4. Contrato de adesão

Os contratos administrativos enquadram-se na categoria dos denominados contratos de adesão.

Em um contrato de adesão, uma das partes propõe as cláusulas e a outra parte não pode propor alterações, supressões ou acréscimos a essas cláusulas. Nos contratos de adesão, a autonomia da vontade da parte que adere ao contrato é limitada à aceitação, ou não, das condições impostas para a formação do vínculo. A parte não é obrigada a aceitar as cláusulas propostas, mas, uma vez que não pode modificá-las, sua manifestação de vontade resume-se à não celebração do contrato.

O art. 55 da Lei nº 8.666/1993 enumera diversas cláusulas que obrigatoriamente deverão constar dos contratos administrativos. Além disso, a

minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação (art. 62, § 1º). Na licitação, a Lei determina que, na fase de julgamento, seja verificada a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis (art. 43, IV).

Portanto, aqueles interessados em contratar já conhecem as cláusulas que integrarão o contrato antes de decidirem se irão participar do procedimento licitatório. Se optam por participar da licitação, sabem que, uma vez vencedores, não será possível propor qualquer alteração nas cláusulas do contrato que se propuseram a assinar.

3.5. Pessoaalidade (*intuitu personae*)

Os contratos administrativos, como regra geral, são contratos pessoais, celebrados *intuitu personae*, ou seja, a execução do contrato deve ser levada a termo pela mesma pessoa que se obrigou perante a Administração. A natureza pessoal dos contratos administrativos decorre principalmente do fato de serem eles celebrados após a realização de um procedimento licitatório em que se visa, não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a selecionar uma pessoa, física ou jurídica, que ofereça condições de assegurar a adequada execução do que foi contratado.

Por esse motivo, as licitações, como regra geral, possuem uma fase de habilitação, em que os pretendentes a contratar com a Administração comprovam possuir qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal etc., para executar adequadamente o objeto do contrato.

Como decorrência direta da natureza pessoal dos contratos administrativos, não é possível, em princípio, a subcontratação, ou seja, o contratado não pode cometer a terceiros a execução do objeto do contrato. Outra consequência é a rescisão do contrato nas hipóteses de falecimento do contratado ou da extinção da pessoa jurídica. O art. 78 da Lei nº 8.666/1993 expressamente prevê como motivos para a rescisão do contrato “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato” e “a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado”.

Apesar do acima exposto, a regra segundo a qual os contratos administrativos são celebrados *intuitu personae* **não é absoluta**. A Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de **subcontratação parcial**, contanto que esta esteja prevista no edital e no contrato e que seja autorizada, em cada caso, pela Administração, que deve estabelecer os limites das partes do objeto do contrato cuja execução poderá ser subcontratada. O art. 72 da Lei afirma que

“o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

Diversamente, o art. 13, § 3º, estabelece uma vedação absoluta à subcontratação, no caso da prestação de **serviços técnicos especializados**, nos seguintes termos: “A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes **realizem pessoal e diretamente** os serviços objeto do contrato.”

3.6. Existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”

As assim denominadas cláusulas exorbitantes caracterizam os contratos administrativos, são a nota de direito público desses contratos, as regras que os diferenciam dos ajustes de direito privado. São chamadas exorbitantes justamente porque exorbitam, extrapolam as cláusulas comuns do direito privado e não seriam neste admissíveis (nos contratos de direito privado as partes estão em situação de igualdade jurídica). As cláusulas exorbitantes podem ser explícitas ou implícitas (a Lei no 8.666/1993, seguindo a sistematização doutrinária, expressamente passou a prever todas as cláusulas exorbitantes apontadas tradicionalmente pelos administrativistas). Segundo a lição do Prof. Hely Lopes Meirelles, elas podem representar uma vantagem (prerrogativa) ou uma restrição à Administração ou ao contratado. Pensamos ser relevante, contudo, consignar que os demais autores somente se referem às cláusulas exorbitantes como disposições que traduzem poderes, prerrogativas especiais para a Administração, não como cláusulas que impliquem restrições ao Poder Público.

Nossa opinião é que a expressão “cláusulas exorbitantes” deve ser utilizada como sinônimo de **prerrogativas** especiais da Administração Pública nos contratos administrativos, decorrentes do regime jurídico de direito público a que se sujeitam esses contratos, mais especificamente, derivadas do princípio da supremacia do interesse público, e **não** como restrições especiais impostas à Administração.

De todo modo, deve-se atentar para o fato de que os contratos administrativos são apenas **predominantemente** regidos pelo direito público. Deveras, aplicam-se a eles, subsidiariamente, as normas e princípios de direito privado, pertinentes à denominada “teoria geral dos contratos”.

É explícito quanto a essa aplicação subsidiária aos contratos administrativos das normas de direito privado o art. 54 da Lei nº 8.666/1993, abaixo transcrito:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

As principais cláusulas exorbitantes descritas pela doutrina são as a seguir expostas.

3.6.1. *Exigência de garantia*

A possibilidade de exigência de garantias a serem fornecidas pelos licitantes e, principalmente, pelo contratado é uma prerrogativa da Administração que visa a assegurar a adequada execução do contrato, ou, no caso de falta do contratado, ensejadora da aplicação de multa, assegurar diretamente o recebimento dessa multa pela Administração.

Como todo contrato administrativo deve atender a uma finalidade pública, o inadimplemento ou o adimplemento defeituoso acarretam lesão não apenas à Administração contratante, mas a toda a coletividade. Mediante a exigência de prestação de garantias pelos contratados, a Administração reduz o risco de ocorrência de má execução do contrato, ou, na hipótese de essa verificar-se, assegura uma rápida composição das perdas sofridas em decorrência da inexecução ou execução irregular. Estudaremos, mais à frente, as regras disciplinadoras da exigência de garantias pela Administração.

3.6.2. *Poder de alteração unilateral do contrato*

Esta prerrogativa, evidentemente apenas aplicável à Administração, está expressa no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.666. Ali obtemos que esta alteração unilateral deve sempre ter por escopo a melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público e que devem ser respeitados os direitos do administrado.

Devido a essa prerrogativa de alteração unilateral do contrato por uma das partes (a Administração), diz-se que aos contratos administrativos não se aplica integralmente o princípio do *pacta sunt servanda*. Esse princípio implica a obrigação de cumprimento das cláusulas contratuais conforme foram estabelecidas inicialmente, e é um dos mais importantes princípios dentre os que regem os contratos privados. Entenda-se bem, os contratos administrativos também estão sujeitos ao *pacta sunt servanda*; acontece que há uma atenuação da rigidez desse princípio, em decorrência da possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração.

O art. 65, I, especifica os casos em que cabível a alteração unilateral do contrato pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos (alteração qualitativa);
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei (alteração quantitativa).

Os limites, para acréscimos ou supressões de obras, serviços ou compras, encontram-se estabelecidos nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo e são os seguintes:

- a) 25% do valor inicial atualizado do contrato (é a regra geral);
- b) 50% no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, aplicável este limite ampliado somente para os acréscimos (para as supressões permanece o limite de 25%);
- c) Qualquer porcentagem, quando se tratar de supressão resultante de acordo entre os contratantes (não se refere a hipótese, portanto, a alteração unilateral e sim consensual).

A possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração somente abrange as **cláusulas regulamentares ou de serviço** (as que dispõem sobre o objeto do contrato e sua execução). Nunca podem ser modificadas unilateralmente as denominadas **cláusulas econômico-financeiras e monetárias** dos contratos, que estabelecem a relação entre a remuneração e os encargos do contratado, relação esta que deve ser mantida durante toda a execução do contrato. A impossibilidade de alteração unilateral de tais cláusulas e a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato estão expressamente previstas nos §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei.

3.6.3. Possibilidade de rescisão unilateral do contrato

A possibilidade de rescindir unilateralmente um contrato inexistente no Direito Privado. Neste, os contratos somente podem ser desfeitos ou amigavelmente ou judicialmente, pelo motivo elementar de que deve ser observada a estrita igualdade jurídica entre as partes contratantes, igualdade esta característica de todas as relações regidas pelo Direito Privado. Já nos contratos administrativos não se observa igualdade jurídica entre os contratados e a Administração, uma vez que são regidos basicamente por normas de Direito Público.

Assim, a Lei nº 8.666, em seu art. 58, inciso II, expressamente confere à Administração a prerrogativa de rescindir unilateralmente (ou seja, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário e sem acordo amigável) os contratos administrativos, sempre que verificadas as hipóteses enumeradas no art. 79, inciso I, da mesma Lei.

Consultando o dispositivo mencionado, obtemos que são as seguintes as situações em que cabível a rescisão unilateral do contrato por mero ato escrito da Administração:

- 1 – **descumprimento ou cumprimento irregular** do contrato pelo particular ou ainda a **lentidão do cumprimento** que impossibilite a conclusão nos prazos estipulados, provada essa impossibilidade pela Administração (art. 78, I, II e III);
- 2 – o **atraso injustificado no início da execução** do contrato (art. 78, IV);
- 3 – a **paralisação da execução do contrato**, sem justa causa e sem prévia comunicação à Administração (art. 78, V);
- 4 – a **subcontratação** total ou parcial do objeto do contrato, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato (art. 78, VI);
- 5 – o desatendimento das determinações regulares das autoridades designadas para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (art. 78, VII);
- 6 – o **cometimento reiterado de faltas na execução** do contrato, anotadas em registro próprio, pelo representante da Administração (art. 78, VIII);
- 7 – a decretação de **falência** ou a instauração de **insolvência civil** (art. 78, IX);
- 8 – a **dissolução da sociedade** ou o **falecimento do contratado** (art. 78, X);
- 9 – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato (art. 78, XI);
- 10 – submeter, o contratado, menores de 18 anos a trabalho noturno, perigoso ou insalubre, ou utilizar, para qualquer trabalho, menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 78, XVIII);
- 11 – **razões de interesse público**, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato (art. 78, XII);
- 12 – ocorrência de **caso fortuito** ou **força maior** que impeça a execução do contrato (art. 78, XVII).

Quando a rescisão unilateral ocorrer com base nas hipóteses previstas nos itens 11 e 12, acima, **sem que haja culpa do contratado**, será ele ressarcido

dos prejuízos comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º).

Como se constata, a lei assegura o direito à indenização dos denominados **danos emergentes**, mas não dos **lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que o contratado teria com a execução do contrato, e deixará de obter em decorrência da rescisão).

A rescisão contratual será sempre formalmente motivada e deve ser assegurada ao particular a ampla defesa e o contraditório (art. 78, parágrafo único).

A rescisão unilateral autoriza a Administração, a seu critério, a assumir imediatamente o objeto do contrato administrativo, inclusive mediante a ocupação temporária e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade (art. 80, I e II). A Administração pode dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta (art. 80, § 1º).

A rescisão unilateral acarreta ainda para o administrado a execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e pagamento automático dos valores das multas e indenizações a ela devidos, além da retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, III e IV).

Por último, cabe observarmos, embora **não** se trate de hipótese de **rescisão**, que a Administração possui a prerrogativa de declarar a **nulidade** do contrato administrativo quando verificada ilegalidade em sua celebração.

A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos (art. 59). Entretanto, a nulidade **não** exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados – indenização dos danos emergentes –, contanto que não seja, a nulidade, imputável ao administrado (art. 59, parágrafo único).

3.6.4. *Manutenção do equilíbrio financeiro do contrato*

A exigência de manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos é considerada, pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, uma das denominadas cláusulas exorbitantes. Devemos, entretanto, observar que não se trata, aqui, de **prerrogativa** da Administração, mas, contrariamente, de uma **restrição** à atuação desta.

Seja ou não classificada como cláusula exorbitante, o certo é que, embora possa a Administração, como vimos, alterar unilateralmente o objeto e as

condições de execução dos contratos administrativos, modificando, dentro dos limites da lei, suas cláusulas ditas **de execução, regulamentares, ou de serviço**, é garantida ao contratado a impossibilidade de alteração, por ato unilateral, das cláusulas **econômico-financeiras** do contrato (art. 58, §§ 1º e 2º).

Assim, a equação financeira originalmente fixada no momento da celebração do contrato deverá ser respeitada pela Administração. Esta terá que proceder, sempre que houver alteração unilateral de alguma cláusula de execução que afete a equação financeira original, à **revisão** do contrato, é dizer, aos ajustamentos econômicos necessários à manutenção do equilíbrio financeiro denotativo da relação encargo-remuneração inicialmente estabelecida para o particular como justa e devida (art. 65, § 6º).

Outra consequência da inalterabilidade do equilíbrio financeiro do contrato é a previsão legal e contratual de **reajuste** periódico de preços e tarifas, conforme expressamente estipulado no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. A lei esclarece, também, que a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto nele próprio não caracteriza alteração do contrato, podendo ser registrada por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento (art. 65, § 8º).

Conquanto muitas vezes seja feita alguma confusão no emprego desses vocábulos, deve-se, tecnicamente, diferenciar a revisão do mero reajuste. A **revisão** do contrato tem lugar quando a Administração procede à alteração unilateral de suas cláusulas de execução, afetando a equação econômica original, ou quando algum evento, mesmo que externo ao contrato, modifica extraordinariamente os custos de sua execução. Nessas hipóteses, o contratado tem direito à chamada **revisão** do contrato, para restabelecimento de seu equilíbrio econômico-financeiro. O mero **reajuste** é algo que ocorre periodicamente, estando relacionado à inflação ordinária ou à perda ordinária de poder aquisitivo da moeda, seguindo índices determinados, tudo conforme previamente estabelecido no próprio contrato. A **revisão** não é algo que ocorra periodicamente, nenhuma relação tem com inflação ordinária ou perda ordinária de poder aquisitivo da moeda, descabendo, por isso, cogitar de “índices preestabelecidos”, como ocorre na hipótese de reajuste. Ambos, revisão e reajuste, entretanto, têm como fundamento a inalterabilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, vale repetir, às vezes são empregados indiscriminadamente, como expressões sinônimas.

3.6.5. *Poder de fiscalização, acompanhamento e ocupação temporária*

A prerrogativa, que possui a Administração, de controlar e fiscalizar a execução do contrato administrativo é um dos poderes a ela inerentes e, por isso, a doutrina assevera estar este poder implícito em toda contratação pública, dispensando cláusula expressa. De qualquer forma, a Lei nº 8.666

expressamente enumera como prerrogativa da Administração a fiscalização da execução dos contratos administrativos (art. 58, III).

A mesma Lei, em seu art. 67, estabelece a forma de acompanhamento do contrato, como se segue:

“Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.”

O Poder de controle do contrato administrativo, em sua forma mais exacerbada, confere à Administração a prerrogativa de intervir na execução do contrato mediante o instituto da ocupação temporária. Em razão dessa prerrogativa, quando o objeto do contrato for a prestação de um serviço essencial, a Administração pode “ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo” (art. 58, V).

As hipóteses que ensejam rescisão do contrato por ato unilateral da Administração acarretam a assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração, bem como a ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade (art. 80, I e II).

Dessarte, vemos que há duas situações distintas em que é prevista a **ocupação temporária**:

1ª) Como medida acautelatória, para a apuração de irregularidade na execução do contrato.

Nessa hipótese, o contrato está em plena execução, e a ocupação temporária é realizada para apurar irregularidade. A apuração **pode, ou não**, resultar na rescisão unilateral do contrato.

2ª) Imediatamente após a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Nessa hipótese, ocorre, antes, a rescisão unilateral do contrato administrativo. Por causa do princípio da continuidade dos serviços públicos, a Administração, então, assume imediatamente o objeto do contrato e, para assegurar que não haverá descontinuidade, procede à ocupação temporária de todos os recursos materiais e humanos do contratado necessários para continuar, **direta ou indiretamente**, sua execução (art. 80, I e II, da Lei nº 8.666/1993).

Em resumo, podemos afirmar que o poder de controle e acompanhamento da execução do contrato administrativo é prerrogativa inerente à atividade administrativa e, em casos extremos, a fim de garantir a continuidade dos serviços públicos essenciais, autoriza a Administração a, direta ou indiretamente, assumir o objeto do contrato e, para tanto, ocupar provisoriamente as instalações e utilizar os recursos vinculados a esse objeto, que se encontravam, antes da intervenção, sob responsabilidade do contratado faltoso.

Regra importantíssima está prescrita no art. 70 da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que a fiscalização ou o acompanhamento da Administração **não exclui ou reduz** a responsabilidade do contratado pelos danos que, por culpa ou dolo, eventualmente venham a ocorrer na execução do contrato. Reza o dispositivo (grifamos):

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, **não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade** a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”

3.6.6. Restrições ao uso da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”

Nos contratos onerosos regidos pelo Direito Privado é permitido a qualquer dos contratantes suspender a execução de sua parte no contrato enquanto o outro contratante não adimplir a sua.

Assim, se José contrata a prestação de um serviço mensal a ser realizado por Pedro e este deixa de prestar o serviço no terceiro mês, é lícito a José suspender o pagamento até que Pedro realize o avençado. Da mesma forma, se José não efetua o pagamento na data combinada, fica Pedro autorizado a não prestar o serviço enquanto não efetivado o pagamento.

A esta suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada com a inadimplência do outro contratante dá-se o nome de **oposição da exceção do contrato não cumprido** (*exceptio non adimpleti contractus*).

Pois bem, em relação aos contratos administrativos, a doutrina sempre defendeu a inoponibilidade, contra a Administração, desta exceção do contrato não cumprido, ou seja, não seria lícito ao particular interromper a

execução da obra ou do serviço objeto do contrato, mesmo que a Administração permanecesse sem pagar pela obra ou pelo serviço. Invoca-se, para justificar tal prerrogativa, o **princípio da continuidade do serviço público**, em homenagem à supremacia do interesse público. Ao particular prejudicado somente caberia indenização pelos prejuízos suportados, cumulada ou não com rescisão contratual judicial por culpa da Administração.

Esta posição extremamente rigorosa em prejuízo do contratado acabou sendo substancialmente atenuada pela Lei nº 8.666/1993. Atualmente, somente podemos falar em uma relativa ou temporária inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido. Isso porque a oposição, pelo particular, desta cláusula implícita, passou a ser expressamente autorizada **quando o atraso do pagamento pela Administração seja superior a 90 (noventa) dias**, possibilitando este atraso, ainda, a critério do contratado, a rescisão por culpa da Administração com indenização do particular.

Em outras palavras, quando a Administração injustificadamente atrasar por **mais de 90 dias** o pagamento de parcela devida ao contratado, este poderá suspender a execução do contrato, ou, se preferir, obter a rescisão judicial ou amigável do contrato. Se o contrato for rescindido por esse motivo, o contratado terá direito a ser ressarcido dos prejuízos comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º).

A lei, portanto, assegura o direito à indenização dos denominados **danos emergentes**, mas, frise-se, **não** há nela nenhuma disposição prevendo indenização a título de **lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que o contratado teria com a execução do contrato, e deixará de obter em decorrência da rescisão).

Consideramos oportuno transcrever o inciso XV do art. 78 da Lei, dada sua grande importância:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

.....

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;”

Por último, devemos notar que, no caso de inadimplemento do particular, **a Administração sempre pode argüir a exceção do contrato não cumprido em seu favor** e, automaticamente, deixar de cumprir suas obrigações para com o contratado inadimplente (suspendendo os pagamentos a ele devidos, p. ex., sem prejuízo das demais sanções aplicáveis em decorrência do inadimplemento do particular).

3.6.7. *Aplicação direta de penalidades contratuais*

A última das cláusulas exorbitantes comumente mencionadas diz respeito à possibilidade de aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração e se encontra, evidentemente, vinculada à prerrogativa de controle da execução do contrato, acima expendida.

A Administração, por força dessa cláusula exorbitante, pode, ela própria, sem necessidade (em princípio) de autorização judicial, punir o contratado pelas faltas cometidas durante a execução do contrato. Esse poder decorre, também, do já estudado atributo da auto-executoriedade, que informa os atos administrativos em geral, e é extensivo aos contratos administrativos.

As sanções aplicáveis pela administração estão estabelecidas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666. São elas:

1 – multa de mora, por atraso na execução;

Esta sanção, aplicável cumulativamente com as demais, inclusive com a rescisão unilateral do contrato, representa uma das poucas situações em que à Administração é possibilitada a cobrança de um determinado valor sem necessidade de recurso à via judicial.

Isso ocorre, aqui, porque a Lei prevê a possibilidade de, após regular processo administrativo, a Administração descontar o valor da multa da garantia oferecida pelo contratado para a celebração da avença (art. 86, § 2º).

Entretanto, se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente (art. 86, § 3º).

2 – advertência (art. 87, I);

3 – multa, por inexecução total ou parcial (art. 87, II);

Esta sanção pode ser aplicada cumulativamente com as previstas nos itens 2, 4 e 5 (art. 87, § 2º).

4 – suspensão temporária da possibilidade de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração;

A Administração, ao aplicar essa penalidade, deve estipular a duração da suspensão, a qual não poderá superar o prazo de dois anos (art. 87, III).

5 – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Essa grave sanção administrativa produz efeitos enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

A reabilitação somente pode ser requerida **após dois anos** da aplicação desta sanção (art. 87, § 3º) e será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes da inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, IV).

4. GARANTIAS PARA A EXECUÇÃO DO CONTRATO

Como vimos acima, a exigência de que os licitantes e contratados prestem garantias à Administração visando a assegurar o adequado adimplemento do contrato, ou, na hipótese de inexecução, facilitar o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela Administração, constitui uma das características dos contratos administrativos.

A exigência de garantia dos licitantes integra a fase de habilitação do procedimento licitatório, especificamente a comprovação de qualificação econômico-financeira.

A garantia prestada pelos **licitantes** (art. 31, III), quando o objeto da licitação for a celebração de contratos de obras, serviços e compras, é limitada a **1% (um por cento)** do valor estimado do objeto da contratação e será prestada nas mesmas modalidades e critérios previstos para a garantia prestada pelos contratados, a seguir tratada.

A garantia prestada pelos **contratados**, nas contratações de **obras, serviços e compras**, será exigida, em cada caso, **a critério da autoridade competente**, desde que prevista no instrumento convocatório (art. 56).

A garantia oferecida pelos **contratados** não excederá a **5% (cinco por cento)** do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele. Para **obras, serviços e fornecimentos de grande vulto** envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o li-

mite de garantia poderá ser elevado para até **10% (dez por cento)** do valor do contrato. Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará **depositário**, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

A Lei prevê três diferentes modalidades de garantia, ficando **a critério do contratado** optar por uma delas. As modalidades são:

1) **caução em dinheiro ou títulos da dívida pública**, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

2) **seguro-garantia**;

A lei define seguro-garantia como “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”. Trata-se de garantia oferecida por empresa seguradora em que esta se obriga a completar às próprias custas o objeto do contrato ou a pagar à Administração o valor necessário para tanto, no caso de inexecução por parte do contratado.

3) **fiança bancária**.

Nessa modalidade, um banco se responsabiliza a pagar um determinado valor à Administração na hipótese de inadimplimento do contratado. O banco é obrigado a pagar até o limite do valor afiançado e não há benefício de ordem nessa espécie de fiança.

A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

São as seguintes, em síntese, as regras sobre a exigência de garantia do contratado:

- 1ª) a exigência ou não de garantia é decisão **discrecional** da autoridade competente (“a critério da autoridade competente”, diz a Lei nº 8.666/1993);
- 2ª) é obrigatória a **previsão no instrumento convocatório** (edital);
- 3ª) caberá ao **contratado** optar por uma das modalidades previstas em lei (caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária);
- 4ª) regra geral, **a garantia não poderá exceder a 5%** (cinco por cento) do valor do contrato e será atualizada nas condições deste (esse limite poderá

ser elevado para até 10% do valor do contrato nas contratações de grande vulto que envolvam alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis);

- 5ª) nos casos de contratos em que haja a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia, estabelecido com base nos percentuais aludidos no item precedente, deverá ser acrescido o valor desses bens;
- 6ª) findo o contrato, a garantia prestada será **liberada ou restituída** e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

5. VARIAÇÕES DA QUANTIDADE INICIALMENTE CONTRATADA

Conforme estudamos acima, a possibilidade de alteração unilateral do objeto do contrato é uma das prerrogativas na Administração, decorrente do fato de serem os contratos administrativos regidos por normas de Direito Público. A alteração do objeto do contrato consubstancia-se em acréscimos ou supressões determinados pela Administração em contratos de obras, serviços ou compras. Esses acréscimos ou supressões, evidentemente, são limitados pela Lei. Caso contrário, seriam frustrados alguns dos principais objetivos do procedimento licitatório. Além disso, acréscimos ou supressões ilimitados poderiam tornar inviável a execução do objeto do contrato pelo contratado. A única hipótese legal para a qual não existe limite é a de supressões resultantes de acordo entre a Administração e o contratado (não se trata de alteração unilateral, e sim consensual, além de implicar redução de despesas públicas).

Os limites, para acréscimos ou supressões de obras, serviços ou compras, encontram-se estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, e são os seguintes:

- a) 25% do valor inicial atualizado do contrato (é a regra geral);
- b) 50% no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, aplicável este limite ampliado somente para os **acréscimos** (para as supressões permanece o limite de 25%);
- c) Qualquer porcentagem, quando se tratar de supressão resultante de acordo entre os contratantes (não se refere a hipótese, portanto, a alteração unilateral e sim consensual).

Assim, por exemplo, se o contrato determinava que uma empresa deveria pavimentar 200 Km de uma rodovia, recebendo, para tanto, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), a Administração poderá determinar sejam pavimentados,

nas mesmas condições, até 250 Km, passando o valor do contrato a ser de R\$ 375.000,00 (trezentos e setenta e cinco mil reais).

No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

6. RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO

As regras sobre o recebimento do objeto do contrato estão bem detalhadas nos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.666/1993.

O “recebimento” é exatamente o que a palavra indica: terminada a execução do contrato, a Administração deve “atestar” que ele foi corretamente executado e que o seu objeto lhe foi entregue. Ao “receber” o objeto do contrato, a Administração está confirmando que foi executado o que tinha sido contratado. Isso não significa que, depois do recebimento, o contratado fique inteiramente “liberado” de responsabilidade pelo objeto. Significa, simplesmente, que, pelo menos “atestar” que foi executado o que tinha sido contratado a Administração já “atestou”. Por isso, aliás, o art. 76, embora meio óbvio, determina que “a Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato”. Por outras palavras, se ela “recebeu” o objeto do contrato, ela “confirmou” que ele foi executado de acordo com o contrato.

A regra geral é haver um recebimento **provisório** e um recebimento **definitivo**. É só com o recebimento definitivo que a Administração efetivamente confirma que o objeto do contrato foi executado conforme suas especificações. De todo modo, mesmo com o recebimento definitivo, deve ficar claro que o contratado responde pelo objeto do contrato. O § 2º do art. 73, de forma insofismável, estabelece que “o recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato”. Também é hialina a regra do art. 69, que não fica excluída nem pelo recebimento provisório nem pelo definitivo:

“Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, de-

feitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

Pois bem, vistas essas noções introdutórias, passemos aos dispositivos específicos sobre recebimento constantes da Lei nº 8.666/1993:

- 1) quando o objeto do contrato for **obra** ou **serviço** haverá:
 - a) recebimento **provisório**, pelo responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, mediante **termo circunstanciado**, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; e
 - b) recebimento **definitivo**, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante **termo circunstanciado**, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, que não pode ser superior a 90 dias (salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital) ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais.
- 2) quando o objeto do contrato for **locação de equipamentos** ou **compras** haverá:
 - a) recebimento **provisório**, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação; e
 - b) recebimento **definitivo**, após a verificação da qualidade e quantidade do material e conseqüente aceitação.

Nesses casos de compras ou locação de equipamentos, o recebimento é feito mediante **recibo**, somente sendo exigido o “termo circunstanciado” se se tratar de “aquisição de equipamentos de grande vulto” (art. 73, § 1º).

Como se vê, portanto, a regra é haver um recebimento provisório e, depois de verificado que o objeto está de acordo com o que estava previsto no contrato, um recebimento definitivo.

A Lei, entretanto, autoriza a Administração a dispensar o recebimento provisório, em alguns casos. Trata-se de decisão discricionária da Administração. Essas situações estão descritas no art. 74 e são as seguintes:

- 1) gêneros perecíveis e alimentação preparada;
- 2) serviços profissionais;
- 3) obras e serviços de valor até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações sujeitos à verificação de funcionamento e produtividade.

Quando o recebimento provisório for dispensado, o recebimento será formalizado mediante recibo (art. 74, parágrafo único).

O legislador reconhece que o contratado não pode ficar eternamente à disposição da Administração, esperando que ela faça as verificações necessárias e que proceda ao recebimento. Por isso, no § 4º do art. 73, está determinado que se o termo circunstanciado ou as verificações não forem providenciados dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que o contratado, nos 15 dias anteriores à exaustão desses prazos, comunique à Administração que ela está omissa em adotar essas providências (realizar as verificações ou lavrar o termo circunstanciado).

Simplificando, se a Administração não providenciar os recebimentos dentro do prazo, e for avisada pelo contratado, com antecedência de quinze dias, que está omissa, considerar-se-á que, esgotados os prazos, os recebimentos ocorreram.

Por fim, merece registro o disposto no § 8º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993, aplicável especificamente às **compras** realizadas pela Administração Pública. Exige esse preceito legal que o recebimento de material de valor superior R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) seja confiado a uma **comissão** de, no mínimo, **três membros**.

7. RESPONSABILIDADE PELA EXECUÇÃO DO CONTRATO E RESPECTIVOS ENCARGOS

Conforme anteriormente exposto, o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no todo ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (art. 69).

Ademais, o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato (art. 70). Essa responsabilidade, do tipo subjetiva (exige culpa ou dolo do contratado para sua caracterização), não será excluída ou reduzida pelo simples fato de a Administração haver procedido à fiscalização ou ao acompanhamento da execução do contrato (a lei afasta, no caso de culpa ou dolo do contratado, a possível alegação de culpa *in vigilando* da Administração).

Na hipótese de ser o dano causado pelo **só fato da obra**, há responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, na modalidade risco administrativo, independentemente de quem esteja executando a obra.

Diz-se que o dano foi causado **pelo só fato da obra** quando ele decorre da própria natureza da obra, ou foi causado por um fato imprevisível ou inevitável ocorrido na execução da obra, sem que tenha havido culpa de alguém. São os danos causados pela obra em si mesma, pela sua localização, extensão ou duração, **sem qualquer irregularidade na sua execução**. Por exemplo, pode ocorrer de, numa obra de perfuração e abertura de galerias para ampliação do metrô de São Paulo, as explosões necessárias, a despeito de todas as precauções e cuidados técnicos, provocarem rachaduras nas paredes das casas próximas, ou outros danos estruturais. Nesse caso, o dano a essas casas é ocasionado pelo só fato da obra, sem que haja culpa de alguém, e quem responde pelo dano, indenizando os proprietários das casas, é a Administração Pública (responsabilidade civil objetiva), descabendo cogitar a incidência do art. 70 da Lei nº 8.666/1993.

O contratado é responsável pelos encargos **trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais** resultantes da execução do contrato (art. 71).

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos **trabalhistas, fiscais e comerciais**, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (art. 71, § 1º).

É oportuno registrar que o art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 estatui que a Administração Pública responde **solidariamente** com o contratado pelos encargos **previdenciários** resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991. Trata-se de hipótese restrita, uma vez que o referido art. 31 da Lei nº 8.212/1991 especificamente estabelece a obrigação de retenção de contribuições previdenciárias pela fonte pagadora (no caso em tela, a Administração Pública) quando esta é contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra; o valor dessas contribuições previdenciárias deve ser destacado na nota fiscal de prestação de serviços e será descontado do valor total dessa nota fiscal, devendo a Administração pagar ao particular contratado (cedente de mão-de-obra) o valor já líquido, subtraída a retenção.

Os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado, salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo (art. 75).

O contratado responde civilmente pela solidez e segurança da obra ou do serviço e possui responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato (art. 73, § 2º).

8. EXTINÇÃO E PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

8.1. Extinção do contrato

A extinção do contrato administrativo é o término do vínculo obrigacional existente entre a Administração e o particular contratado. A extinção pode ocorrer em virtude da conclusão do objeto do contrato ou do término de seu prazo de duração. Pode, diversamente, a extinção decorrer de anulação ou de rescisão do contrato.

A extinção pela conclusão do objeto do contrato (p. ex, término da obra), ou pelo término do prazo (p. ex., um contrato de fornecimento de merenda escolar pelo prazo de um ano) é a regra geral. Nessas hipóteses, houve o adimplemento do contratado e o término do vínculo contratual ocorre de pleno direito, ou seja, não é necessária intervenção da Administração, do Poder Judiciário, ou acordo entre as partes. Recebido pela Administração o objeto do contrato ou chegado ao fim o seu prazo de duração, considera-se automaticamente extinto o contrato administrativo.

A anulação do contrato pode ser feita a qualquer tempo, pela autoridade administrativa ou pelo Poder Judiciário, sempre por motivo de ilegalidade. A anulação pela Administração pode ser feita de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. Deve-se observar, ainda, que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato.

A anulação desfaz o vínculo entre a Administração e o contratado. A nulidade, em regra, não implica o dever de indenização do contratado pela Administração. Deverá, entretanto, ser o contratado indenizado pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, se a nulidade não tiver ocorrido por motivo a ele imputável (Lei nº 8.666/1993, art. 59, parágrafo único). Como se vê, a lei assegura o direito à indenização dos denominados **danos emergentes**, mas, frise-se, **não** há nenhuma disposição prevendo indenização a título de **lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que o contratado teria com a execução do contrato, e deixará de obter em decorrência da anulação). Em qualquer hipótese, será promovida a responsabilidade de quem houver dado causa à nulidade.

A rescisão do contrato implica sua extinção antes de concluído o seu objeto, ou antes de terminado o prazo de sua duração. A rescisão pode se dar por culpa do contratado ou por culpa da Administração. A rescisão por culpa da Administração somente pode ser feita na esfera judicial ou por acordo entre as partes. A rescisão por culpa do contratado, assim como a decorrente de interesse público superveniente, ou de caso fortuito ou força maior, pode ser realizada unilateralmente pela Administração.

A rescisão do contrato normalmente faz surgir a obrigação de indenizar a parte contrária pela parte que lhe tenha dado causa.

8.2. Prorrogação do contrato

Como regra geral, a duração dos contratos administrativos é limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Escapam a essa limitação apenas:

- 1) os projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;
- 2) a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, **limitada a sessenta meses**. Esse prazo, em caráter excepcional, poderá ser **prorrogado por até doze meses**, devendo essa prorrogação adicional ser devidamente justificada, sendo exigida, ainda, autorização da autoridade superior;
- 3) o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até **quarenta e oito meses** após o início da vigência do contrato.

Em qualquer hipótese, **é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado**.

A Lei enumera taxativamente as situações que autorizam a prorrogação dos contratos no § 1º do seu art. 57. Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. A prorrogação pode referir-se aos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega. Deverão ser mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. A prorrogação é possível em razão da ocorrência de um dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

- 1) alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
- 2) superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- 3) interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

- 4) aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos pela Lei nº 8 666;
- 5) impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- 6) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

9. INEXECUÇÃO DO CONTRATO

Caracteriza inadimplemento do contrato administrativo o descumprimento total ou parcial de suas cláusulas por qualquer das partes, Administração ou contratado.

A inexecução ou execução imperfeita do contrato pode dar-se com culpa ou sem culpa de qualquer das partes, variando, em função desta ausência ou presença de culpa, as consequências para o inadimplente.

A inexecução sem culpa pressupõe a existência de uma causa justificadora do inadimplemento e libera o inadimplente de responsabilidade, em razão da aplicação da denominada **Teoria da Imprevisão**.

9.1. Inexecução culposa

A inexecução culposa do contrato é caracterizada pelo descumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais em razão de ação ou omissão culposa ou dolosa da Administração ou do contratado. Como se vê, o conceito está relacionado à culpa em sentido amplo, abrangendo não só a culpa em sentido estrito, decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, mas também o dolo (intenção).

A inexecução culposa do contrato pelo contratado acarreta a aplicação das sanções legais e contratuais. Como vimos, a Administração, regra geral, tem o poder de aplicar diretamente essas sanções, que incluem a advertência, a multa de mora, a multa pela inexecução, a suspensão temporária da possibilidade de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, ou, ainda, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

A inexecução por culpa do contratado possibilita, também, a rescisão unilateral do contrato pela Administração, da qual decorre a execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração e pagamento auto-

mático dos valores das multas e indenizações a ela devidos, além da retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

A inexecução por culpa da Administração possibilita ao contratado pleitear a rescisão judicial ou por acordo. O contratado será ressarcido dos prejuízos comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

A lei, portanto, assegura o direito à indenização dos denominados **danos emergentes**, mas não dos **lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que o contratado teria com a execução do contrato, e deixará de obter em decorrência da rescisão).

9.2. Inexecução sem culpa

A inexecução sem culpa pressupõe a existência de uma causa justificadora do inadimplemento e libera o inadimplente de responsabilidade, em razão da aplicação da denominada **Teoria da Imprevisão**.

Para que se caracterize uma causa justificadora de inadimplemento contratual é necessário que ocorra, após a celebração do ajuste, um evento imprevisível e extraordinário, que impeça, retarde ou torne insuportavelmente onerosa a execução do contrato como originalmente avençado (a Lei refere-se, em seu art. 65, II, “d”, a “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”).

9.3. Causas que justificam a inexecução do contrato

9.3.1. Noções da teoria da imprevisão

Como mencionamos, a inexecução sem culpa pressupõe a existência de uma causa justificadora do inadimplemento do contrato. Libera-se, neste caso, o inadimplente de responsabilidade, em razão da aplicação da denominada **Teoria da Imprevisão**.

A Teoria da Imprevisão foi, inicialmente, aplicada aos contratos administrativos com base em elaboração jurisprudencial e doutrinária, uma vez que não se encontrava expressamente prevista em lei. Atualmente, embora não sob esse exato título, as causas justificadoras da inexecução dos contratos administrativos encontram-se positivadas na Lei nº 8.666/1993, como veremos adiante.

Para que se caracterize uma causa justificadora de inadimplemento contratual é necessário que ocorra, após a sua celebração, um evento imprevisível e extraordinário, que impeça, retarde ou torne insuportavelmente onerosa a execução do contrato nas condições originalmente estipuladas (“fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”).

Ocorrendo uma causa justificadora do inadimplemento do contrato, a parte fica liberada dos encargos originários e o contrato poderá ser revisto, para garantir o restabelecimento do seu equilíbrio econômico, ou rescindido. A Teoria da Imprevisão resulta da aplicação de uma antiga cláusula, **que se entende implícita em qualquer contrato de execução prolongada**, segundo a qual o vínculo obrigatório gerado pelo contrato somente subsiste enquanto inalterado o estado de fato vigente à época da estipulação.

Esta cláusula é conhecida como *rebus sic stantibus*, expressão que corresponde, na verdade, ao trecho final de uma longa fórmula latina (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*).

Embora a literalidade da cláusula pudesse fazer parecer que qualquer alteração no estado de fato originário autorizaria a revisão ou rescisão do contrato, devemos ter em mente que não é essa, de forma alguma, a correta interpretação da Teoria da Imprevisão. Todo contrato possui, inerentemente, um determinado risco econômico, denominado álea contratual ordinária. São somente fatos **absolutamente imprevisíveis, extraordinários e extracontratuais** (a chamada álea extraordinária e extracontratual) que podem ser alegados como causas justificadoras de inexecução e, mesmo assim, quando sua ocorrência provoque ou um desequilíbrio insuportável da equação financeira original do contrato ou a real impossibilidade de sua execução a contento.

A cláusula *rebus sic stantibus* desdobra-se em cinco hipóteses: caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas, a seguir tratadas.

9.3.2. Força maior e caso fortuito

Essas hipóteses referem-se a eventos imprevisíveis e inevitáveis que geram para o contratado excessiva onerosidade ou mesmo impossibilidade da normal execução do contrato.

Encontram-se, tais hipóteses, expressamente previstas no inciso XVII do art. 78 da Lei nº 8.666. A ocorrência de caso fortuito ou força maior pode ensejar revisão do contrato para restabelecimento de sua equação econômico-

financeira original, sempre que não impossibilite sua execução, mas apenas a torne excessivamente onerosa, como previsto no art. 65, II, “d”, da Lei.

Pode, alternativamente, acarretar a rescisão unilateral do contrato, pela Administração, ou sua rescisão judicial ou amigável. Evidentemente, quando houver impossibilidade da execução do contrato, não há como se cogitar de sua revisão, somente cabendo a rescisão.

Em qualquer caso, quando a rescisão se der sem culpa do contratado, esse deverá ser ressarcido dos prejuízos sofridos, como estatuído no art. 79, § 2º, da Lei. A Lei não conceitua, nem diferencia, caso fortuito e força maior.

Adotamos as definições de Maria Sylvia Di Pietro e de Celso Antônio Bandeira de Mello. Infere-se das lições desses insignes publicistas que temos uma situação de força maior quando estamos diante de um evento externo, estranho a qualquer atuação da Administração ou do contratado, que, além disso, deve ser imprevisível e irresistível ou inevitável. Portanto, tanto seria evento de força maior um furacão, um terremoto, como também uma guerra, uma revolta popular incontrolável.

Diversamente, o caso fortuito seria sempre um evento interno, ou seja, decorrente de uma atuação da Administração ou do contratado. O resultado dessa atuação é que seria inteiramente anômalo, tecnicamente inexplicável e imprevisível. Assim, na hipótese de caso fortuito, todas as normas técnicas, todos os cuidados relativos à segurança, todas as providências exigidas para a obtenção de um determinado resultado foram adotadas, mas, não obstante isso, inexplicavelmente, o resultado ocorre de forma diversa da prevista e previsível.

De todo modo, para os contratos administrativos, as consequências da verificação de qualquer dessas circunstâncias **são idênticas para uma ou outra hipótese**. São os mesmos os efeitos da ocorrência de uma dessas causas justificadoras, quais sejam, a possibilidade de revisão contratual (quando ainda possível a execução do contrato, embora extraordinariamente mais onerosa) ou de rescisão sem culpa do inadimplente.

9.3.3. *Fato do príncipe*

Fato do príncipe é toda determinação estatal **geral**, imprevisível, que impeça ou, o que é mais comum, onere substancialmente a execução do contrato, autorizando sua revisão, ou mesmo sua rescisão, na hipótese de tornar-se impossível seu cumprimento.

O fato do príncipe encontra-se expressamente mencionado (embora não definido) no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666 como situação ensejadora da revisão contratual para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Um dispositivo da Lei que aqui merece nota é o § 5º desse mesmo art. 65. Tal parágrafo prevê a revisão contratual (para mais ou para menos) sempre que houver modificação da carga tributária ou sejam editadas outras disposições legais que repercutam nos preços contratados.

Podemos observar que o fundamento desse dispositivo é o mesmo que embasa a revisão por fato do príncipe. Somente é preciso aqui observar que não trata a hipótese desse § 5º exatamente de fato do príncipe, pois não se exige que a modificação decorrente de ato geral do Estado torne a execução do contrato insuportavelmente onerosa, ou seja, o dispositivo é ainda mais benéfico ao contratado do que a mera aplicação da Teoria da Imprevisão como classicamente descrita.

Por outro lado, também protege a Administração nos casos em que a alteração geral determinada pelo Estado for favorável ao contratado, como na hipótese da redução de tributos.

Exemplos de fatos do príncipe seriam um significativo e imprevisível aumento de um imposto incidente sobre bens a que tenha o contratado se obrigado a fornecer ou até mesmo a edição de lei proibindo a importação de um bem que devesse ser fornecido pelo contratado à Administração. Nesse último caso, uma vez que restaria impossível a execução do contrato, caberia a rescisão sem culpa do contratado.

9.3.4. *Fato da administração*

Ocorre a causa justificadora de inadimplemento do contrato conhecida como fato da Administração toda vez que uma ação ou omissão do Poder Público, **especificamente relacionada ao contrato**, impede ou retarda sua execução. Nesta especificidade da ação ou omissão da Administração relativamente ao contrato reside a diferença entre esta causa justificadora e o fato do príncipe, precedentemente analisado (lembremos que o fato do príncipe é sempre uma determinação **geral** do Estado, que atinge o contrato apenas reflexamente).

O fato da Administração pode ensejar a rescisão judicial ou amigável do contrato, ou, em alguns casos, a paralisação (nunca sumária) de sua execução pelo contratado até a normalização da situação, como veremos. As hipóteses de fatos da Administração comumente mencionados pela doutrina estão, atualmente, previstas na Lei nº 8.666, art. 78, incisos XIV, XV e XVI, transcritos:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

.....

XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da

ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI – a não-liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificados no projeto;”

9.3.5. *Interferências imprevistas*

As denominadas interferências imprevistas constituem-se em elementos materiais que **surgem durante a execução do contrato**, dificultando extremamente sua execução e tornando sua execução insuportavelmente onerosa.

A característica marcante das interferências imprevistas é que elas antecedem a celebração do contrato. Sua existência, entretanto, por ser absolutamente excepcional ou incomum, não foi prevista à época da celebração do ajuste e, se houvesse sido, teria resultado na celebração do contrato em bases diversas das observadas, com a inclusão dos custos correspondentes à dificuldade imprevista.

As interferências imprevistas não impedem a execução do contrato, mas sim a tornam sobremodo onerosa. Assim, sua ocorrência autoriza a revisão contratual, com base na disposição genérica do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, na parte em que alude à “hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”.

São exemplos, da lavra de Hely Lopes Meirelles, o encontro de um terreno rochoso e não arenoso como indicado pela Administração, na execução de uma obra pública; ou a passagem de canais ou dutos subterrâneos não revelados no projeto em execução.

10. PRINCIPAIS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

10.1. Contrato de obra pública

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 6º, inciso I, define obra como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta. Logo, o contrato administrativo de obra pública será todo ajuste entre a Administração e o particular que tenha por objeto um dos procedimentos acima enumerados, relacionado a móvel ou imóvel destinado à população em geral ou ao serviço público.

O traço distintivo entre o contrato de obra e o de serviço é a predominância, no primeiro, do material sobre a atividade operativa, além do fato de ser a obra limitada no tempo enquanto o serviço (ao menos o serviço público) tem caráter de continuidade.

Tendo essa distinção em conta – no contrato de obra predomina o emprego de material para alguma realização física e no de serviço predomina a atividade, não o seu resultado, que pode mesmo não ser um bem físico –, é oportuno anotar as definições que o prof. José dos Santos Carvalho Filho, sintética e didaticamente, propõe para as diferentes atividades arroladas no acima mencionado inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666/1993 – “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação” –, abaixo reproduzidas:

“Construção resulta de atividades e materiais destinados à criação do bem. Reforma é o conjunto de alterações que esse bem pode sofrer, sem que seja ampliado. Ampliação pressupõe também que o bem já exista, mas que pelo contrato vai receber acréscimo em suas dimensões. A fabricação indica o sentido da criação do bem. Na recuperação (que não deixa de ser uma reforma), contrata-se para o fim especial de restauração do bem.”

O contrato de obra pública difere do contrato de concessão de obra pública.

A Profª. Maria Sylvia Di Pietro conceitua contrato de concessão de obra pública como “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”.

O traço distintivo essencial está no sujeito que remunera o contratado. Nos contratos de obra pública, o contratado é diretamente remunerado pela Administração, ao passo que nos contratos de concessão de obra pública é do

usuário ou do beneficiário da obra que o executor deve obter sua remuneração. A vantagem do contrato de concessão de obra pública para a Administração é óbvia: ela consegue obter a execução da obra mesmo sem dispor de recursos, uma vez que não será ela quem terá de remunerar o contratado.

A Lei nº 8.666/1993 não trata especificamente dos contratos de concessão de obra pública. Tampouco o faz a Lei nº 8.987/1995, embora nesta esteja definido um contrato de concessão de serviço público que envolve a realização prévia de obra pública pelo concessionário. Deveras, o art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.987/1995 refere-se a tais contratos como “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”.

Vale registrar que a Lei nº 11.079/2004 – “Lei das Parcerias Público-privadas” (PPP) –, no inciso III do § 4º do seu art. 2º, proíbe a celebração de contrato de PPP “que tenha como **objeto único** o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a **execução de obra pública**” (grifamos).

Voltando aos contratos de obra pública, temos que, relativamente à forma de execução, as obras podem ser executadas diretamente, quando o são pelos órgãos e entidades da própria Administração, com seus próprios meios (art. 6º, VII), ou indiretamente, quando a execução incumbe a terceiros contratados (art. 6º, VIII, e art. 10, I e II).

A Lei nº 8.666/1993 prevê os seguintes **regimes de execução indireta** (art. 10, inciso II):

- 1) empreitada por preço global;
- 2) empreitada por preço unitário;
- 3) empreitada integral; e
- 4) tarefa.

As características de cada um desses regimes são resumidamente descritas abaixo.

1) empreitada por preço global

Nesta forma é fixado um preço certo (embora reajustável) para remunerar o empreiteiro pela totalidade da obra. O art. 6º, inciso VIII, “a”, define tal regime de execução como a contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total.

2) empreitada por preço unitário

Verifica-se este regime quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas (art. 6º, VIII, “b”). É

regime mais adequado a obras que constem de partes distintas ou que se determinem por medida (como metro quadrado de muro levantado, metros cúbicos de concreto etc.) e o pagamento é devido após o recebimento de cada unidade pela Administração.

3) empreitada integral

Ficamos aqui com a definição da Lei nº 8.666/1993, embora seja ela um tanto obscura. Consta da alínea “e” do inciso VIII do art. 6º, como se segue:

“Empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.”

O regime de execução por empreitada integral se presta para realização de obras de maior vulto e complexidade, abrangendo não só obras, mas também serviços.

4) tarefa

Este tipo de regime é caracterizado pela contratação de mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (art. 6º, VIII, “d”).

Além desses quatro regimes de execução indireta previstos na Lei nº 8.666/1993, é oportuno mencionar que o Congresso Nacional tentou introduzir um quinto regime, mas ele foi vetado pelo Presidente da República em duas oportunidades distintas. Esse quinto regime – que nunca chegou a integrar o texto da Lei nº 8.666/1993 – é denominado **administração contratada**. No projeto que resultou na Lei nº 8.666/1993, estava assim definido (texto do **vetado** art. 6º, VIII, “c”):

“c) administração contratada – quando se contrata, excepcionalmente, a execução da obra ou do serviço mediante reembolso de todas as despesas incorridas para a sua execução e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração;”

É interessante conhecer as razões do veto, constantes da mensagem formalmente apresentada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional:

“A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração, que é obrigada a adotar cuidados extremos de fiscalização, sob pena de incorrer em elevados prejuízos em face do encarecimento final da obra ou serviço.

Como é sabido, nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados.

Por outro lado, parece-me indubitoso que, diante da sistemática de planejamento e orçamentos públicos instituída pela Constituição de 1988, não mais é legítimo admitir-se a execução de obra ou serviço cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado, com sua inclusão tanto no orçamento anual, quanto no plano plurianual.

Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público.”

O contrato de empreitada é característico do Direito Civil e, neste, consubstancia-se no ajuste em que o contratado (empreiteiro) se compromete a entregar ao contratante a obra concluída (ou executar parcela previamente estipulada), recebendo a remuneração previamente ajustada e realizando a obra por sua conta e risco, com ampla liberdade. Se a contratação é só para a realização da obra, fornecendo o contratante todos os materiais, temos uma “empreitada de labor”; se o empreiteiro, além de realizar a obra, fornece, ele mesmo, materiais, configura-se a “empreitada mista”.

Evidentemente, na contratação com a Administração Pública, o regime jurídico principal é o da Lei nº 8.666/1993, ou seja, regime jurídico de direito público, o que implica reduzido grau de liberdade do empreiteiro, pois a execução do contrato sujeita-se à fiscalização pela Administração e a todas as cláusulas exorbitantes que regem contratos administrativos.

Por fim, é relevante registrar que o empreiteiro, que não é servidor público nem empregado do órgão ou entidade da Administração contratante, assume a responsabilidade, perante esta, pela execução da obra. Entretanto, como se trata de “execução indireta” de uma obra pelo Estado, tudo se passa, perante terceiros, como se o Estado estivesse realizando a obra (para a população em geral, é o Estado que está executando a obra, só que indiretamente). Por essa razão, eventuais danos a terceiros decorrentes da obra acarretarão responsabilidade civil para o Estado, e nesses casos a responsabilidade deste é do tipo objetiva, na modalidade “risco administrativo”, conforme prevê

o art. 37, § 6º, da Carta Política. É esta a lição da Profª. Maria Sylvia Di Pietro, que merece ser transcrita:

“No contrato de empreitada não existe relação de subordinação entre empreiteiro e Administração Pública; ele não é empregado do Estado e responde, perante este, pela má execução da obra ou serviço.

Perante **terceiros**, a responsabilidade é do Estado e se rege pelo artigo 37, § 6º, da Constituição; o Estado responde objetivamente, mas tem direito de regresso contra aquele a quem transferiu a execução da obra ou serviço, desde que este tenha agido com culpa.”

10.2. Contratos de serviços

Mais uma vez é conveniente que busquemos o conceito de serviço na própria Lei nº 8.666/1993.

O art. 6º, inciso II, define serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

Observamos que os contratos de serviço aqui tratados referem-se a serviços privados prestados à Administração e não a contratos visando à prestação de serviços públicos, uma vez que estes últimos são destinados ao atendimento de necessidades da população em geral. A delegação da prestação de serviços públicos a particulares (lembrando que a titularidade do serviço público é sempre do Estado) deve ser efetuada por meio da celebração de contratos de concessão ou de permissão de serviço público (no caso dos serviços públicos, a permissão implica celebração de contrato), sempre precedidos de licitação.

O art. 13 da Lei nº 8.666/1993 enumera como serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.”

A importância dessa definição legal de “serviços técnicos profissionais especializados” é que, se o serviço a ser realizado for um serviço de natureza singular, que necessite ser prestado por um profissional de notória especialização, estará configurada hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, II), podendo a Administração contratar diretamente esse profissional para a execução daquele determinado serviço de natureza singular. Nos demais casos, a contratação desses “serviços técnicos profissionais especializados” deve ser precedida de licitação, preferencialmente na modalidade concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Outro exemplo de serviço que pode enquadrar-se na situação de inexigibilidade de licitação é o serviço artístico. A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 25, inciso III, considera inexigível a licitação para a “contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

10.3. Contrato de fornecimento

A Lei nº 8.666/1993 é muito confusa na disciplina do contrato de fornecimento, inexistindo consenso na doutrina acerca da distinção entre ele e a mera compra e venda. Cabe registrar, a respeito, essa passagem da Prof^a. Maria Sylvania sobre o contrato de fornecimento:

“Quanto ao conteúdo, não se distingue do contrato de compra e venda; por isso mesmo, alguns negam que exista como contrato administrativo. Inexplicavelmente, em apenas mais um dos inúmeros vícios de técnica legislativa contidos na Lei no 8.666/1993, ela se refere às compras nos artigos 15 e 16, dentro de uma seção específica; no entanto, fala em fornecimento na seção referente às obras e serviços, dando a entender que somente considera como fornecimento as compras vinculadas a contratos de obras e serviços. Confira-se, a esse propósito, a norma do artigo 9o, só aplicável ao fornecimento tal como considerado na lei, excluindo, portanto, as compras não vinculadas a contratos de obras e serviços.”

Em nossa opinião, a Lei nº 8.666/1993 não faz distinção entre contrato de fornecimento e contrato de compra e venda. Como justificativa dessa opinião, citamos o art. 6º, inciso III, que define “compra” como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”.

Não nos parece que só a contratação para aquisição de bens necessários à realização de uma obra ou à prestação de um serviço possa ser considerada celebração de contrato de fornecimento. A regra do art. 9º, a que se refere a Profª. Maria Sylvia na transcrição acima, tem a seguinte redação: “Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários ...”. Ora, o fato de a lei mencionar “fornecimento” de bens necessários a uma obra ou serviço não permite concluir que outras compras de bens não possam ser consideradas contrato de fornecimento.

Veja-se, como reforço dessa afirmação, a redação do inciso XI do art. 24, que fala em “contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento”, sem qualquer vinculação obrigatória do fornecimento a uma obra ou serviço. Na mesma linha, o *caput* do art. 5º fala em “pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços”, sem nenhum elemento que permita afirmar que o fornecimento não possa ser um contrato independente de qualquer obra ou serviço.

Há, ainda, diversos dispositivos na lei em que a palavra “fornecimento” é utilizada simplesmente como sinônimo de “entrega” de um bem. Confira-se, como exemplo, o art. 32, § 1º, que, ao tratar de habilitação, autoriza a dispensa de determinados documentos “nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”.

Aliás, é oportuno perguntar: qual seria a diferença entre um “fornecimento de bens para pronta entrega” e uma compra e venda pura e simples? Parece-nos que absolutamente nenhuma!

Vale anotar que a Profª. Maria Sylvia concorda com a opinião exposta no parágrafo precedente. Com efeito, ensina a autora que “quando se trata de compras para entrega imediata e pagamento à vista, não há que se falar, realmente, em contrato de fornecimento como contrato administrativo”.

De todo modo, a doutrina refere-se ao contrato de fornecimento como o contrato administrativo por meio do qual a Administração adquire coisas móveis, como material hospitalar, material escolar, equipamentos, gêneros alimentícios, necessárias à realização e à manutenção de suas atividades, à prestação de serviços públicos, ou à realização de obras.

O contrato pode ser de **fornecimento integral**, assemelhado à compra e venda, em que a coisa é entregue de uma só vez na sua totalidade (a Profª. Maria Sylvia entende que, nesse caso, só haveria realmente contrato

de fornecimento “quando o fornecimento for integral, porém para entrega futura”); de **fornecimento parcelado**, em que a quantidade global a ser entregue é fracionada em prestações certas e determinadas; e de **fornecimento contínuo**, em que há entrega, de bens de consumo habitual ou permanente, de forma sucessiva, prolongando-se no tempo pelo período estipulado como de duração do contrato (o contrato não adota como referência a quantidade global a ser entregue, mas sim o tempo durante o qual as entregas sucessivas serão feitas).

10.4. Contrato de concessão

Embora não exista uniformidade entre os autores, filiamo-nos à corrente que defende a existência de três tipos de contratos como espécies do gênero “concessão”: a **concessão de serviços públicos**, a **concessão de uso de bem público** e a **concessão de obra pública**. Enquadra-se nessa concepção a seguinte definição de “contrato de concessão”, de lavra da Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro: “contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”.

Não há dúvida de que concessão, seja de que espécie for, é um **contrato administrativo**. No caso dos serviços públicos, podemos ter como formas de delegação não só a concessão de serviços públicos, mas também a permissão de serviços públicos. A permissão de serviços públicos também é um **contrato administrativo**. Segundo a Lei nº 8.987/1995, trata-se de um “contrato de adesão”, precário e revogável unilateralmente pelo poder público (não é nada compreensível esse conceito de “contrato precário”, além de ser uma imprecisão terminológica falar em “contrato revogável”, porque a revogação deveria aplicar-se somente a atos administrativos, que são caracterizados pela unilateralidade, diferentemente dos contratos em geral). A concessão e a permissão de serviços públicos, nos termos do art. 175 da Constituição, sempre exigem licitação pública previamente a sua celebração.

Apenas para registrar, existe uma terceira forma de delegação de serviços públicos, a autorização de serviços públicos, que deveria ser utilizada de preferência em caráter excepcional, para serviços transitórios ou emergenciais, ou que exijam pequeno aporte de capital e possam ser delegados precariamente. A autorização de serviços públicos não é um contrato, mas sim um ato administrativo discricionário, precário e revogável a qualquer tempo; não há licitação prévia à autorização.

Os contratos de **concessão de obra pública** foram definidos acima, no tópico acerca dos contratos de obra pública. Vimos que a Prof^a. Maria Sylvia

Di Pietro conceitua contrato de concessão de obra pública como “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”.

O que caracteriza um contrato de concessão de obra pública é o fato de a remuneração do executor da obra ser feita pelo usuário ou beneficiário da obra, não pela Administração.

O uso privativo de bens públicos, ou a utilização de bens públicos de acesso restrito, pode ser atribuído ao particular mediante concessão, permissão ou autorização de uso de bem público. A **concessão de uso de bem público** é um contrato administrativo, ao passo que a permissão e a autorização de uso de bem público são atos administrativos, discricionários e precários.

Maria Sylvia Di Pietro define a concessão de uso de bem público como o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação”. Ensina a autora que o contrato é “de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*”.

Portanto, os contratos de concessão de uso de bem público podem, ou não, prever remuneração por parte do particular. Mediante a celebração de tais contratos, a Administração outorga ao particular o direito pessoal e intransferível de utilizar um bem segundo sua destinação específica, como por exemplo, a concessão de direito de uso de lojas em um mercado público municipal.

A concessão de uso de bem público deve ser precedida de licitação, por força de exigência constante do art. 2º da Lei nº 8.666/1993.

Cabe mencionar que existe uma outra forma de atribuição a particulares de direito de uso de bens públicos, mas, nesse caso, não como um direito pessoal, mas sim como um direito real (um direito referido ao bem em si, não a alguma pessoa). Trata-se da **concessão de direito real de uso**. Segundo a Profª. Maria Sylvia, a concessão de direito real de uso constitui um direito real resolúvel, pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, transferível por ato *intervivos* ou *causa mortis*. Pode ser instituída mediante contrato ou simples termo administrativo.

A concessão de direito real de uso deve ser precedida de licitação. A Lei nº 8.666/1993 refere-se a ela no art. 45, § 1º, inciso IV, que estabelece que o **tipo de licitação** para a concessão de direito real de uso é a de “maior lance ou oferta”. Além disso, em seu art. 17, a Lei nº 8.666/1993 traz hipóteses de licitação dispensada para a concessão de direito real de uso, constantes do inciso I, alínea “f”, e do § 2º desse artigo.

A **concessão de serviço público**, precedida ou não de realização de obra pública, está assim definida na Lei nº 8.987/1995, art. 2º, incisos II e III:

“II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

Consoante afirmado acima, a mesma lei define permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2º, IV).

Adiante, no art. 40, a Lei nº 8.987/1995 prevê a celebração de **contrato** nos casos de permissão de serviço público, nestes termos:

“Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.”

Dessa forma, podemos concluir que, enquanto todas as espécies de concessões são contratos administrativos, e todas as espécies de autorizações são atos administrativos, as permissões podem ser atos ou contratos. São atos administrativos as permissões de uso de bem público e são contratos administrativos as permissões de serviços públicos. É importante lembrar que os contratos administrativos em geral devem ser precedidos de licitação pública, ao passo que não cabe falar de licitação pública nos casos de meros atos administrativos.

Por fim, é relevante registrar que a Lei nº 11.079/2004, que regula os contratos administrativos denominados “**parcerias público-privadas**” (PPP), define estes como contratos especiais de concessão, nos termos abaixo transcritos (grifou-se):

“Art. 2º **Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão**, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º **Não constitui parceria público-privada a concessão comum**, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Apesar da redação dos dispositivos acima, deve-se ressaltar que é **vedada** a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como **objeto único a execução de obra pública** (Lei nº 11.079/2004, art. 2º, § 4º, III), ou seja, uma PPP não pode ser, unicamente, uma “concessão de obra pública”.

Capítulo 10

LICITAÇÕES PÚBLICAS

1. INTRODUÇÃO

O estudo das licitações públicas, atualmente, deve ter por base a análise detalhada da Lei nº 8.666/1993, nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, uma vez que praticamente todos os aspectos relevantes pertinentes à matéria encontram-se minuciosamente ali regulados.

O primeiro ponto que deve ser enfatizado é justamente a abrangência da Lei citada. A Lei nº 8.666/1993 é uma lei de normas gerais, editada em obediência ao art. 22, XXVII, da CF/1988, segundo o qual “compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais 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, § 1º, III” (redação determinada pela EC nº 19/1998).

Por seu turno, o art. 37, XXI, da CF, artigo este que a Lei nº 8.666/93 afirma estar regulamentando, estabelece que “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”.

Especificamente no que respeita aos serviços públicos, temos a expressa exigência do art. 175 da CF, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Considerando estes motivos, a própria Lei, logo em seu art. 1º, declara sua natureza e âmbito de aplicação: trata-se de uma lei de “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Em seguida, o parágrafo único do art. 1º detalha sua abrangência, estatuinto subordinarem-se às normas constantes da Lei nº 8.666/1993 “além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Devemos lembrar que a Emenda nº 19/1998 alterou o art. 173 da Constituição, especialmente o disposto em seu § 1º, prevendo a edição de lei instituidora do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, estatuto este que, dentre outras matérias, disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, realizadas por essas entidades, observados os princípios da administração pública.

Embora exista essa previsão expressa para o estabelecimento de normas próprias de licitação para essas entidades, que deverão ser mais flexíveis, conidentes com sua natureza de pessoa jurídica de direito privado exploradora de atividades econômicas, o estatuto de que trata o § 1º do art. 173 da CF ainda não foi editado. Por esse motivo, e por força do expresse comando do art. 1º da Lei nº 8.666/1993, acima visto, as normas gerais sobre licitações e contratos públicos plasmadas nessa Lei são de observância obrigatória, também, por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2. CONCEITO, FINALIDADE E OBJETO DA LICITAÇÃO

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.

3. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, as licitações destinam-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia** e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Esse artigo expressamente enumera os princípios básicos que regem o procedimento administrativo de licitação, especialmente o julgamento das propostas. São os seguintes os princípios arrolados:

- a) legalidade;
- b) impessoalidade;
- c) moralidade;
- d) igualdade;
- e) publicidade;
- f) probidade administrativa;
- g) vinculação ao instrumento convocatório;
- h) julgamento objetivo.

Observamos, de pronto, que a maior parte dos princípios citados no texto legal são princípios que interessam a toda atividade administrativa. Podemos apontar como especificamente voltados às licitações, e não à generalidade da atuação administrativa, essencialmente os princípios da **vinculação ao instrumento convocatório** e o do **julgamento objetivo**. A doutrina comumente menciona, ainda, como princípios implícitos específicos o da **competitividade**, o do **procedimento formal**, o do **sigilo das propostas** e o da **adjudicação compulsória**.

3.1. Formalismo

O procedimento administrativo da licitação é sempre um procedimento formal, especialmente em razão de preceder contratações que implicarão dispêndio de recursos públicos.

Embora o princípio do formalismo não se encontre expresso no *caput* do art. 3º, é incluído por Hely Lopes Meirelles como princípio cardeal das licitações e está enunciado no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual “o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

3.2. Publicidade dos atos

O princípio da publicidade dos atos do procedimento licitatório, a par de se encontrar expresso no *caput* do art. 3º da Lei, acima transcrito, está explicitado no § 3º do mesmo artigo, consoante o qual “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

O objetivo evidente do princípio da publicidade, no que respeita às licitações, é permitir o acompanhamento e controle do procedimento não só pelos participantes como também, quiçá principalmente, pelos administrados em geral. Estes podem sustar ou impugnar quaisquer atos lesivos à moralidade administrativa ou ao patrimônio público, representar contra ilegalidades ou desvios de poder etc. O art. 4º da Lei expressamente assegura a qualquer cidadão o direito de acompanhar o desenvolvimento do certame, direito esse que, evidentemente, inclui a fiscalização de sua lisura. Os instrumentos à disposição são inúmeros, bastando mencionarmos a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, “a”) e até mesmo, quando cabível, o mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX) ou o *habeas data* (CF, art. 5º, LXXII).

O princípio da publicidade impõe, ainda, que os motivos determinantes das decisões proferidas em qualquer etapa do procedimento sejam declarados. Decisões em que fossem omitidos os motivos impossibilitariam o efetivo controle do procedimento pelos participantes e pelos cidadãos em geral.

3.3. Igualdade entre os licitantes

O princípio da isonomia, ou igualdade, costuma, quando se trata de licitações, ser enunciado como “igualdade entre os licitantes”. Observamos que a Lei, uma vez que afirma ter o procedimento licitatório a finalidade de assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia, parece conferir significativa relevância a este princípio.

Com efeito, a observância da igualdade entre os participantes implica um duplo dever. Deve-se não apenas tratar isonomicamente todos os que

participam da disputa, o que significa vedação a discriminações de qualquer espécie no julgamento das propostas. É também necessário que se enseje oportunidade de participar da licitação a quaisquer interessados que tenham condições de assegurar o futuro cumprimento do contrato a ser celebrado.

Não configura, por essa razão, violação ao princípio em comento o estabelecimento de requisitos mínimos que tenham por finalidade exclusivamente garantir a adequada execução do contrato.

O § 1º do art. 3º da Lei é bastante elucidativo, vedando expressamente aos agentes públicos qualquer ato capaz de malferir a igualdade e a competitividade entre os participantes do procedimento. Assim, proíbe a existência de cláusulas ou condições nos atos de convocação (edital ou carta-convite) “que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Esse § 1º do art. 3º proíbe, também, que se estabeleça tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras. A própria Lei, entretanto, no § 2º do mesmo art. 3º, estabelece distinção entre os participantes, em hipótese de empate. Se as condições oferecidas pelos proponentes forem iguais, como critério de desempate será dada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços (o quarto critério foi acrescentado pela Lei nº 11.196/2005):

- 1º) produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- 2º) produzidos no País;
- 3º) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;
- 4º) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

A lei veda, também, a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, **salvo nos casos em que for tecnicamente justificável**, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no edital (art. 7º, § 5º).¹

¹ A referência feita no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 ao **regime de administração contratada** ficou sem sentido, já desde o momento de publicação da lei, porque tal regime de execução, que estava previsto no art. 6º, VIII, “c”, do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, **foi vetado pelo Presidente da República**. Em palavras ainda mais singelas: simplesmente não se admite, no Brasil, o regime de execução denominado “administração contratada”.

3.3.1. *Preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte*

Apesar de as licitações terem a igualdade entre os licitantes como um de seus mais importantes princípios, a Lei Complementar nº 123/2006 (“Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”) estabeleceu regras que implicam preferência de contratação para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

O art. 44 da LC nº 123/2006 dispõe que “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”. Embora o texto legal fale, literalmente, em “critério de desempate”, a regra que a lei estabelece não se aplica somente a casos em que efetivamente haja um empate, isto é, quando seja **igual** o valor da proposta da ME ou da EPP e o de uma outra empresa (supondo uma licitação do tipo “menor preço”). Com efeito, o § 1º do art. 44 estatui que se **entendem por empate** “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada”. Por outras palavras, o dispositivo legal criou uma “equiparação a empate”; ele **equipara** a empate a apresentação, pela ME ou EPP, de proposta de valor até 10% superior ao da proposta mais bem classificada.

Dessa forma, se a licitação visava a efetuar compras, e o menor valor do bem a ser adquirido, digamos, R\$100,00 por unidade, constava da proposta oferecida por uma grande empresa, será considerada “empatada” com ela a proposta oferecida por uma ME ou EPP em que o bem tenha preço unitário de até R\$110,00 (note-se que isso, obviamente, não é um empate, mas uma equiparação legal a empate).

Essa é a regra geral. Na modalidade **pregão** de licitação, só serão consideradas “empatadas” as propostas de ME e EPP que sejam até 5% (cinco por cento) superiores ao melhor preço (a modalidade pregão é sempre licitação do tipo menor preço).

Ocorrendo o empate (real ou equiparado), o art. 45 da LC nº 123/2006 determina que sejam adotados os seguintes procedimentos:

- 1) a ME ou EPP mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
- 2) se a ME ou EPP mais bem classificada não oferecer proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, serão convocadas as remanescentes, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito (desde que os valores **originais** das propostas dessas ME e EPP remanesçam).

tes enquadrem-se nos critérios de “equiparação a empate” com a proposta vencedora do certame, vistos acima).

- 3) no caso de serem idênticos os valores das propostas originais apresentadas pelas ME e EPP (e desde que sejam propostas que se enquadrem nos critérios de “equiparação a empate” com a proposta vencedora do certame, vistos acima), será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão (art. 45, § 3º).

Se não for possível, mediante a adoção dos procedimentos acima explicados nos itens 1, 2 e 3, obter uma proposta de ME ou EPP que tenha preço inferior àquela considerada vencedora do certame, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame (art. 45, § 1º).

Em qualquer caso, os procedimentos explicados acima, nos itens 1, 2 e 3, somente se aplicam quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por ME ou EPP (art. 45, § 2º).

Como se constata, as regras instituídas pela LC nº 123/2006 para favorecer as ME e EPP nas licitações, efetivamente criam para elas uma situação privilegiada relativamente às outras empresas, mas não chegaram ao ponto (absurdo) de prever a contratação pela Administração por preço superior ao da proposta de preço mais baixo. Nossa opinião é que algo assim jamais poderia ser previsto pelo legislador, por afrontar grosseiramente diversos princípios constitucionais, especialmente o da indisponibilidade do interesse público.

Pode-se dizer que essas regras instituíram uma espécie de “repescagem” das ME e EPP que tenham apresentado propostas de valores um pouco superiores aos da proposta que, se não houvesse essa “chance”, seria desde logo a vencedora. A ME ou EPP que seja “repescada” tem, literalmente, mais uma chance: se ela reformular a sua proposta de modo que o seu preço fique mais baixo do que o da proposta que seria a vencedora, o objeto será adjudicado a ela (à ME ou EPP “repescada”). Note-se que se trata de uma enorme vantagem, porque o valor da proposta que seria a vencedora já é conhecido quando a ME ou EPP “considerada empatada” é chamada para reformular a sua proposta original! Assim, se a grande empresa apresentou originalmente a proposta de menor preço, digamos, R\$100,00 por unidade, e uma ME ofereceu R\$110,00 (supondo que não se trate de pregão, caso em que o limite da “equiparação a empate” seria R\$105,00), essa ME será

chamada e, caso ela se proponha a vender o bem por R\$99,99, será declarada vencedora da licitação!

3.4. Sigilo na apresentação das propostas

Este princípio decorre da própria lógica do procedimento e encontra-se enunciado, embora indiretamente, no § 3º do art. 3º, que, ao propugnar a publicidade das licitações, declara “públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**”.

A observância do sigilo das propostas até sua abertura é de tal importância que constitui crime sua violação, como consta do art. 94 da Lei. O agente público que devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo, será apenado com detenção, de 2 a 3 anos, e multa.

A violação do sigilo das propostas deixa em posição vantajosa o concorrente que disponha da informação relativa a seu conteúdo, uma vez que pode, conhecendo, por exemplo, o preço oferecido por seus adversários para a realização de uma obra pública, oferecer um preço um pouco menor e vencer o certame em evidente fraude à competitividade do procedimento.

3.5. Vinculação ao edital

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, “ao qual se acha estritamente vinculada”.

Logo em seguida, a Lei assegura a qualquer cidadão o direito de impugnar o edital de licitação por motivo de ilegalidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital é “a lei interna da licitação” e, como tal, vincula aos seus termos **tanto os licitantes como a Administração que o expediu**.

3.6. Julgamento objetivo

Segundo Hely Lopes Meirelles, julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. Objetiva-se, aqui, afastar a discricionariedade na escolha da proposta vencedora.

É importante notar que toda a doutrina ressalta o fato de ser impossível eliminar todo o subjetivismo de qualquer julgamento. O critério “menor

preço”, sem dúvida é o que permite menor dose de subjetividade no julgamento, sendo mesmo aceitável considerar o julgamento por tal critério como puramente objetivo. Já os critérios “melhor técnica” ou “técnica e preço” inexoravelmente implicarão certa dose de valoração subjetiva na escolha da proposta vencedora.

Consoante o art. 44, “no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei”.

O art. 45 reforça essa determinação, estabelecendo a obrigatoriedade de que o julgamento das propostas seja objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

A noção de critério de julgamento vincula-se ao conceito de **tipo de licitação**. Os tipos de licitação, aplicáveis a todas as modalidades de licitação, exceto a modalidade concurso, estão previstos no § 1º do art. 45 da Lei. São tipos de licitação:

- 1) a de **menor preço**: quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;
- 2) a de **melhor técnica**;
- 3) a de **técnica e preço**;
- 4) a de **maior lance ou oferta** – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Para contratação de bens e serviços de informática, a Administração adotará, obrigatoriamente, o tipo de licitação “técnica e preço”, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

Essa última regra, sobre a contratação de bens e serviços de informática, encontra-se no § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993. Ela já é, por si só, uma regra de péssima redação, porque é ilógico falar em “**obrigatoriamen-**

te, o tipo de licitação ‘técnica e preço’” e, logo em seguida, permitir **outro tipo**, desde que em casos especificados em decreto! Para piorar, o mesmo § 4º do art. 45 manda observar “o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”. Esse art. 3º da Lei nº 8.248/1991 autoriza o uso da modalidade **pregão** de licitação para a “aquisição de bens e serviços de informática e automação”, desde que possam ser enquadrados como bens e serviços comuns. Ocorre que a modalidade **pregão**, conforme veremos adiante, adota obrigatoriamente o tipo **menor preço**.

Em resumo, nos termos da lei, chegamos a essa regra intrinsecamente contraditória: a contratação de bens e serviços de informática adotará, **obrigatoriamente**, o tipo de licitação **técnica e preço**, mas é permitido **outro tipo**, desde que em casos especificados em decreto. Além disso, desde logo, a Lei nº 8.248/1991 autoriza o uso da modalidade **pregão** de licitação, a qual sempre adota o tipo **menor preço**, para a “aquisição de bens e serviços de informática e automação”, desde que estes se enquadrem como **bens e serviços comuns**.²

3.7. Probidade e moralidade administrativa

O princípio da moralidade, que é princípio informativo de toda atuação da Administração, não apresenta maiores peculiaridades no tocante às licitações. Traduz-se na exigência de atuação ética dos agentes da Administração em todas as etapas do procedimento. Esta exigência encontra-se bastante enfatizada na Lei que, reiterando o princípio da moralidade, refere-se à probidade como princípio atinente às licitações.

Cumpra lembrarmos que a CF, no § 4º de seu art. 37, aplicável a toda a Administração Pública, estatui que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Os atos de improbidade administrativa encontram-se disciplinados na Lei nº 8.429/1992, a qual enumera uma gama de situações que considera como tal, regulamentando e graduando as punições aplicáveis aos agentes que os pratiquem.

Por último, registramos que autores como Celso Antônio Bandeira de Mello afirmam a aplicabilidade do princípio da moralidade não só à atuação dos agentes administrativos, mas também ao comportamento dos administrados participantes do procedimento licitatório.

² Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002 (“Lei do Pregão”), consideram-se bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

3.8. Adjudicação obrigatória ao vencedor

Como preleciona Hely Lopes Meirelles, o princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor. Esse princípio também veda que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Não se deve confundir adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação é um ato declaratório, que apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, ela o fará com o vencedor. É, todavia, possível que o contrato venha a **não ser celebrado**, por motivos como a anulação do procedimento, se houve ilegalidade, ou a revogação da licitação em decorrência de razões de interesse público supervenientes.

A adjudicação é o ato final do procedimento de licitação.

O art. 50 da Lei veda à Administração a celebração do contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório. Será nulo o contrato celebrado nessas condições.

A Administração deverá convocar regularmente o interessado para assinar o termo de contrato dentro do prazo e condições estabelecidos. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração. Caso o adjudicatário deixe de celebrar o contrato no prazo estabelecido, decairá de seu direito à contratação e ficará caracterizado o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas (art. 64, combinado com o art. 81).

Quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e condições estabelecidos, a Administração **poderá** convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e **nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado**, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório. É facultado à Administração, alternativamente, **revogar** a licitação.

Por outro lado, a não convocação para a contratação, pela Administração, decorridos 60 dias da data da entrega das propostas, libera os licitantes dos compromissos assumidos (art. 64, § 3º).

3.9. Competitividade

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona a competitividade como um dos princípios norteadores das licitações públicas, afirmando ser ele da essên-

cia mesmo do procedimento. Com efeito, a Lei e a própria Constituição, em mais de um dispositivo, estabelecem como obrigatório o caráter competitivo do procedimento licitatório. Somente o procedimento em que haja efetiva competição entre os participantes, evitando manipulações de preços, será capaz de assegurar à Administração a obtenção da proposta mais vantajosa para a consecução de seus fins.

Comete crime, tipificado no art. 90 da Lei, quem frustrar, mediante fraude, ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. A pena cominada para esse crime é de detenção, de 2 a 4 anos, e multa.

4. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

A regra geral em nosso ordenamento jurídico, imposta diretamente pela Constituição Federal, é a exigência de que a celebração, pela Administração Pública, de contratos de obras, serviços, compras e alienações seja precedida de licitação pública (CF, art. 37, XXI).

Existem, entretanto, determinadas situações em que, legitimamente, celebram-se tais contratos sem a realização de licitação: trata-se das hipóteses de inexigibilidade de licitação e dispensa de licitação. Desde logo, cumpre ressaltar que, em razão de expresso comando constitucional, não é admitida a celebração de contratos de concessão e de permissão de serviços públicos sem licitação prévia (CF, art. 175).

Sempre que for celebrado um contrato pela Administração sem a realização de licitação – seja por dispensa seja por inexigibilidade –, se for comprovado superfaturamento, responderão **solidariamente** pelo dano causado ao erário o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (Lei nº 8.666/1993, art. 25, § 2º).

5. INEXIGIBILIDADE

A inexigibilidade de licitação se verifica sempre que houver impossibilidade jurídica de competição.

Já sabemos que a licitação representa uma disputa entre interessados em estabelecer determinada relação patrimonial com a Administração, na qual esta selecionará a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Pois bem, se licitação é uma disputa, para que ela seja possível forçosamente deve existir mais de uma pessoa (física ou jurídica) capaz de satisfazer seu objeto, ou seja, realizar a obra, prestar o serviço, fornecer a mercadoria etc.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes.

Assim, se a Administração deseja contratar a prestação de um serviço que somente seja realizado por uma determinada empresa (no mundo inteiro, no Brasil ou em determinada região, dependendo do âmbito da licitação e do valor de seu objeto), é evidente que terá que celebrar o ajuste diretamente com esta empresa, pois não há como cogitar de disputa ou de melhor oferta neste caso. Esse exemplo se aplica à aquisição de bens singulares, como um quadro específico de um determinado pintor ou a arma que foi utilizada por Getúlio Vargas ao suicidar-se, à prestação de serviços por profissionais de notória especialização, como a elaboração de um parecer por um renomado jurista etc.

A Lei nº 8.666 cuida das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação em seu art. 25, o qual reúne situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição, **exemplificativamente** arroladas em seus três incisos. Sempre que inexistir viabilidade de competição, poderá efetivar-se a contratação direta, ainda que não se configurem situações expressamente constantes do elenco do art. 25. Em tais circunstâncias ocorre o que a Lei denominou inexigibilidade de licitação.

Hely Lopes Meirelles ensina que a impossibilidade jurídica de competição decorre da natureza específica do negócio ou dos objetivos visados pela Administração, não cabendo pretender-se melhor proposta quando só um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de cumprir adequadamente determinado contrato.

Essencialmente, os casos exemplificados nos incisos do art. 25 dizem respeito a:

- a) fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca;
- b) contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, **vedada** a inexigibilidade para serviços de **publicidade**;
- c) contratação de artistas consagrados pela crítica ou pelo público.

Transcrevem-se os dispositivos pertinentes (grifos nossos):

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

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;

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, **vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação**;

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.”

O art. 13 da Lei enumera os **serviços** conceituados como **técnicos especializados**, dentre os quais **não se incluem os de publicidade**. Não se deve concluir que a contratação de todo e qualquer serviço técnico enumerado neste artigo representa hipótese de inexigibilidade de licitação. Em regra, a contratação de tais serviços é efetivada mediante licitação, preferencialmente na modalidade de **concurso**, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º). Para que incida a **inexigibilidade**, além de estar mencionado no art. 13, é necessário que o serviço possua **natureza singular**, isto é, seja visivelmente diferenciado em relação aos serviços de mesma natureza prestados por outros profissionais do ramo, e que seja prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

São os seguintes os serviços arrolados no dispositivo (art. 13):

- 1) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- 2) pareceres, perícias e avaliações em geral;

- 3) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- 4) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- 5) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- 6) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- 7) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A inexigibilidade de licitação deve ser expressamente motivada, com apontamento das causas que levaram a Administração a concluir pela impossibilidade jurídica de competição (art. 26). Esta motivação e publicação das causas justificadoras do reconhecimento de inexigibilidade permitem um efetivo controle pelos administrados em geral, como explicado anteriormente.

Aspecto que merece destaque é a preocupação do legislador com a subordinação dos contratos de **publicidade** à prévia licitação. Essa preocupação, também manifesta nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.666/1993, culminou com a vedação expressa, e absoluta, de que haja **inexigibilidade para a contratação de serviços de publicidade e divulgação**. Vale dizer, a Lei afastou, em caráter absoluto, a possibilidade de inexigibilidade para a contratação de tais serviços.

Essa preocupação resultou da constatação de que os contratos na área de publicidade eram atribuídos sem utilização de critérios objetivos ou impessoais. Na maioria das vezes, o governante acabava premiando as agências de publicidade com quem havia trabalhado durante a campanha eleitoral. Essa prática, atentatória aos princípios da moralidade e da impessoalidade, fazia com que certas agências de publicidade “investissem” em candidatos durante a campanha, muitas vezes atuando gratuitamente, pois sabiam que a vitória do candidato significaria a garantia de contratos vultosos de publicidade durante o mandato.

6. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Podemos falar genericamente em dispensa de licitação para abranger todas as hipóteses em que, embora exista viabilidade jurídica de competição, a Lei autoriza a celebração direta do contrato ou mesmo determina a não realização do procedimento licitatório.

Nos casos em que a Lei **autoriza** a não realização da licitação diz-se ser ela **dispensável**. Nestes casos a competição é possível, mas a Lei autoriza a Administração a, segundo critério seu de oportunidade e conveniência, ou seja, mediante ato administrativo discricionário, dispensar sua realização.

Outras hipóteses há em que a própria Lei, diretamente, dispensa a realização da licitação. Nestas situações ocorre o que a Lei determinou licitação **dispensada**. Aqui não cabe à Administração, discricionariamente, decidir sobre a realização ou não da licitação. Não se procederá a esta porque a própria Lei afirmou que, embora fosse juridicamente possível, está, a situação, dela dispensada.

6.1. Licitação dispensável

As hipóteses de licitação dispensável encontram-se **taxativamente** (ou seja, não existe nenhuma outra) enumeradas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Consideramos esse um dos artigos de estudo mais árduo para concursos, mas recomendamos fortemente que o candidato tenha uma razoável noção das hipóteses ali descritas. Outra recomendação é que o estudo tome por base sempre uma edição extremamente atualizada da Lei nº 8.666/1993 e, relativamente à licitação dispensável, especial atenção deve ser dada aos casos acrescentados por leis ou medidas provisórias mais recentes (as bancas em geral gostam de “novidades”).

A lista completa das hipóteses de licitação dispensável, enumeradas nos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, é a seguinte, na ordem em que ali aparecem (procuramos grifar as que entendemos mais relevantes, especialmente para efeito de concursos públicos):

- 1) para **obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 15.000,00** (quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. **Para obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista e empresas públicas, bem como por autarquia ou fundação qualificada como Agência Executiva, os limites são o dobro, ou seja, até R\$ 30.000,00** (trinta mil reais);
- 2) para **outros serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00** (oito mil reais) e para alienações, nos casos previstos na Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez. **Para serviços e compras contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista e empresas públicas, bem como por autarquia ou fundação qualificada como Agência Executiva, os limites são o dobro, ou seja, até R\$ 16.000,00** (dezesseis mil reais);
- 3) nos casos de **guerra ou grave perturbação da ordem**;

- 4) nos casos de **emergência ou de calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
- 5) quando **não acudirem interessados à licitação anterior** (a chamada “**licitação deserta**”) e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, **mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas**;

Temos **licitação deserta** quando a licitação é convocada e não aparece nenhum interessado. Nesse caso, torna-se dispensável a licitação, e a Administração pode contratar diretamente, contanto que motivadamente demonstre existir prejuízo na realização de uma nova licitação, e desde que sejam mantidas as condições constantes do instrumento convocatório. Não existe limite de valor do contrato para que se decida pela contratação direta em razão de licitação deserta. Basta que não apareçam interessados e que a contratação direta seja feita nas mesmas condições que estavam previstas para a licitação deserta, isto é, que o contrato celebrado por contratação direta apresente as mesmas cláusulas da minuta de contrato que constava do edital da licitação que acabou sendo dispensada.

A licitação deserta tem que ser diferenciada da **licitação fracassada**.

Temos **licitação fracassada** quando aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência de inabilitação ou de desclassificação das propostas. **A licitação fracassada, de regra, não é hipótese de licitação dispensável**. No caso de licitação fracassada, aplica-se o disposto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993:

“§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”

Veremos no item 7, abaixo, que há uma situação na qual a licitação fracassada pode resultar em licitação dispensável: quando todos os licitantes forem desclassificados porque suas propostas continham preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes. Acontecendo esse específico problema, se

for dado pela Administração o prazo de oito dias úteis (podendo ser de três dias úteis na modalidade convite) para os licitantes reformularem os preços, e as novas propostas desses licitantes continuarem com preços inadequados, resultará configurada a hipótese de licitação dispensável descrita no item 7, abaixo.

- 6) quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;
- 7) quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; ocorrendo essa situação (que é uma específica possibilidade de “licitação fracassada”), a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de novas propostas (facultada, no caso de convite, a redução desse prazo para três dias úteis); se as novas propostas apresentadas incorrerem no mesmo problema – preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes –, somente então poderá ser feita pela Administração a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (art. 24, VII, combinado com o art. 48, § 3º);
- 8) 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 e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/1993, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
- 9) quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
- 10) para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- 11) **na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;**

A situação descrita nesse item 11 é a seguinte: houve uma licitação, digamos, para a realização de uma obra, e o concorrente “X” foi o vencedor. “X” celebrou o contrato com a Administração, começou a execução da obra e, antes de concluí-la, o contrato foi rescindido porque “X” descumpriu algumas de suas cláusulas, suponhamos. Nesse caso, a Administração **pode** (trata-se de faculdade, de decisão discricionária) contratar diretamente o segundo colocado naquela licitação em que “X” fora o vencedor, desde que esse segundo co-

locado aceite concluir a obra nas mesmas condições que tinham sido aceitas originalmente por “X”, inclusive quanto ao preço, calculado proporcionalmente e corrigido. Caso o segundo colocado não aceite, a contratação direta, se a Administração ainda desejar fazê-la, deve ser tentada com o terceiro colocado na classificação daquela licitação anterior e assim por diante.

- 12) nas **compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis**, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;
- 13) na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
- 14) para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;
- 15) para a **aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada**, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;
- 16) 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 a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- 17) para a 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;
- 18) nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- 19) para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

- 20) na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
- 21) para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;
- 22) na **contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado**, segundo as normas da legislação específica;
- 23) 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;
- 24) **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**;
- 25) **na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida**;³
- 26) na celebração de **contrato de programa** com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a **prestação de serviços públicos de forma associada** nos termos do autorizado em contrato de **consórcio público** ou em **convênio de cooperação**;
- 27) na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
- 28) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa

³ Esta hipótese de licitação dispensável, constante do inciso XXV do art. 24 da Lei no 8.666/1993, foi acrescentada pela Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que "dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências". A sigla ICT significa "**Instituição Científica e Tecnológica**" e é definida no art. 2o, inciso V, da própria lei como "**órgão ou entidade da administração pública** que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico".

nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

Além dessas hipóteses de licitação dispensável, previstas na Lei nº 8.666/1993, uma outra deve ser mencionada.

A Lei nº 9.074/1995, em seu art. 32, estabelece que “a empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação”.

A dispensa autorizada aplica-se à celebração desses pré-contratos com terceiros, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, visando à futura prestação do serviço público, caso elas venham a ser vencedoras na licitação para concessão ou permissão em que são licitantes. O objeto desses pré-contratos não será, evidentemente, a prestação do serviço concedido ou permitido, mas sim a realização de atividades-meio, compras e fornecimentos ou serviços necessários à execução dos contratos de concessão ou permissão.

Evidentemente, se a estatal não for vencedora na concorrência relativa à concessão ou permissão, os pré-contratos serão desfeitos automaticamente (resolução de pleno direito), sem qualquer ônus para a estatal (sem penalidades ou indenizações ao pré-contratado). Essa regra consta do § 1º do art. 32 da Lei nº 9.074/1995.

6.2. Licitação dispensada

Ao lado das situações descritas como de licitação dispensável, a Lei relaciona outras em que a licitação, embora seja juridicamente possível, não será realizada porque a própria Lei, diretamente, dispensa sua realização. Portanto, enquanto nas hipóteses de licitação dispensável o procedimento licitatório poderá, ou não, ocorrer, a critério do administrador, em face do caso concreto, nas situações descritas como de licitação dispensada não poderá o administrador realizar a licitação, uma vez que a Lei dispensou-a.

As hipóteses de licitação dispensada encontram-se no art. 17 da Lei nº 8.666/1993. Como regra, as situações de licitação dispensada da Lei nº 8.666/1993 referem-se à alienação de bens pela Administração. As alíneas do inciso primeiro do art. 17 trazem a lista taxativa de hipóteses de dispensa de licitação em operações relativas a bens imóveis da Administração, enquanto as alíneas do inciso segundo do mesmo artigo enumeram os casos, também *numerus clausus*, de licitação dispensada para a alienação de bens móveis.

A alienação de **bens imóveis** da Administração Pública é subordinada à existência de interesse público devidamente justificado pela autoridade administrativa competente. A alienação depende de **autorização legislativa** para órgãos da Administração Direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista, depende de avaliação prévia e de licitação na modalidade de **concorrência**, exceto na hipótese do parágrafo seguinte.

A alienação de **bens imóveis** da Administração Pública, **cujas aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento**, poderá ser feita por ato da autoridade competente, após avaliação e comprovação da necessidade ou utilidade da alienação. Nessa hipótese, não há necessidade de autorização legislativa para a alienação e os bens imóveis poderão ser alienados mediante licitação nas modalidades **concorrência** ou **leilão**.

Na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% da avaliação.

Seja qual for o bem imóvel, a licitação será **dispensada** nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto no item “f” e “h”, abaixo. Cessadas as razões que justificaram a doação do imóvel, ele reverterá ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário;
- c) permuta, por outro imóvel destinado ao atendimento das finalidades pre-cípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha;
- d) investidura;

A lei define **investidura** como (1) a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros (fronteiriços) de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); ou (2) a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;⁴
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976⁵, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição (essa hipótese de licitação dispensada, desde que atendidas as condições legais, **não necessita de autorização legislativa**);
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, **dispensada licitação**, quando o uso destinar-se (Lei nº 8.666/1993, art. 17, §§ 2º, 2º-A e 2º-B, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005):

- a) a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel (art. 17, § 2º, I);
- b) a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida no item “g” acima (ou seja, superior a 100 hectares), atendidos os limites de área definidos por ato

⁴ Redação dada pela Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007.

⁵ A Lei nº 6.383/1976 “dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e dá outras providências”. É a seguinte a redação do seu art. 29:

“Art. 29. O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I – não seja proprietário de imóvel rural;

II – comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º A Licença de Ocupação será intransferível *inter vivos* e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.”

normativo do Poder Executivo. Essa hipótese de licitação dispensada, desde que atendidas as condições legais, **não necessita de autorização legislativa**. A área a que se refere essa hipótese é limitada a quinze módulos fiscais, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite, e só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias. Essa hipótese pode ser cumulada com o procedimento de legitimação de posse referido no item “g” acima, desde que o total das áreas não ultrapasse quinze módulos fiscais (art. 17, § 2º, II, § 2º-A e § 2º-B).

A alienação de bens móveis da Administração Pública também é subordinada à existência de interesse público devidamente justificado. Os bens móveis devem ser previamente avaliados e alienados após a realização de licitação. Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), a Administração poderá permitir o **leilão**. A licitação para a alienação de bens móveis é **dispensada** nas seguintes situações:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Além dessas hipóteses de licitação dispensada, previstas na Lei nº 8.666/1993, cabe registrarmos a dispensa prevista no art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei nº 11.107, de 06.05.2005.

Esse dispositivo prevê que o **consórcio público** celebrado entre União, estados, Distrito Federal e municípios para a realização de objetivos de interesse comum poderá, para o cumprimento desses objetivos, “ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação”.

6.3. Motivação e ratificação dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação

A Lei nº 8.666/1993 não explicita a necessidade de motivação de **todas** as situações em que se decida pela inexigibilidade ou dispensa de licitação. Essa exigência, entretanto, encontra-se expressa no art. 50, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999, aplicável no âmbito da Administração federal (“os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;”). A nosso ver, por força dos princípios que regem a licitação, dentre os quais os da publicidade (especialmente na acepção de transparência), probidade e moralidade, e atendendo à exigência de ampla sujeição do procedimento a controles de variada ordem, a motivação dos atos administrativos que decidam pela dispensa ou inexigibilidade de licitação é obrigatória para todas as Administrações, em todas as esferas, independentemente de previsão explícita em lei.

Sem embargo do acima dito, conquanto não seja expressa para todos os casos, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 26, exige fundamentação pormenorizada para a maioria dos casos de dispensa, e em todos os de inexigibilidade, além de estabelecer como **condição obrigatória para a eficácia do ato de dispensa ou inexigibilidade** que ele seja comunicado, dentro de três dias, a autoridade superior, para **ratificação** e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias.

O processo de dispensa ou de inexigibilidade será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; (b) razão da escolha do fornecedor ou executante; (c) justificativa do preço; (d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

As hipóteses em que o ato deve ser submetido à ratificação pela autoridade superior, previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/1993, são todas as de declaração de inexigibilidade e, quanto às dispensas, as abaixo descritas.

Tratando-se de licitação **dispensada**:

- 1) licitação dispensada na concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis quando o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel (art. 17, § 2º, I);
- 2) licitação dispensada na concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis quando o uso se destinar a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural

situada na região da Amazônia Legal, superior a 100 hectares e limitada a quinze módulos fiscais (art. 17, § 2º, II);

- 3) licitação dispensada em razão de interesse público, na hipótese de doação com encargo, conforme previsto no § 4º do art. 17 (a regra geral é a exigência de licitação nas doações com encargo, devendo constar de seu instrumento, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato).

Quanto à licitação **dispensável**, a Lei nº 8.666/1993 exige a citada ratificação pela autoridade superior para todas as hipóteses enumeradas no seu art. 24, exceto aquelas decorrentes de contratos de pequeno valor, a saber:

- 1) licitação dispensável para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Para obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista ou empresas públicas, bem como por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas, os limites são o dobro, ou seja, até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);
- 2) licitação dispensável para outros serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e para alienações, nos casos previstos na Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez. Para serviços, compras e alienações contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista ou empresas públicas, bem como por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas, os limites são o dobro, ou seja, até R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

7. LICITAÇÕES DIFERENCIADAS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar nº 123/2006 (“Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”) prevê, em seu art. 47, a possibilidade de a União, os estados e os municípios (o artigo em comento não menciona o Distrito Federal, mas entendemos que ele também esteja abrangido), nas contratações públicas, concederem “tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”.

É certo que a redação desse artigo é extremamente genérica. Com efeito, quase qualquer situação poderia – às vezes com algum esforço – ser justificativa para concessão de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações e contratações públicas com o objetivo de promover o “desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”; ou a “ampliação da eficiência das políticas públicas”, expressão de vagueza ainda maior!

O art. 48 da LC nº 123/2006, entretanto, restringe de forma objetiva os “tratamentos diferenciados e simplificados” que poderão ser concedidos às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nas licitações e contratações públicas. Assim, embora as justificativas para a concessão desses tratamentos estejam consubstanciadas em expressões fortemente indeterminadas, os tratamentos diferenciados, em si, somente poderão ser aqueles expressa e objetivamente previstos na lei.

Nos termos do citado art. 48 da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP pode traduzir-se na realização de processo licitatório:

- I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

Nesse caso, a licitação é feita entre empresas de qualquer porte, mas o vencedor já sabe, de antemão, que deverá subcontratar **até 30%** do objeto da licitação com MEs ou EPPs (o percentual exato e as condições da subcontratação estarão previstos no instrumento convocatório). Assim, se uma grande empresa vence a licitação para fornecer cem mil cadeiras escolares à Administração, e o edital da licitação previr que ela deva subcontratar MEs e/ou EPPs para fornecerem 30% dessa quantidade, a grande empresa, na execução do seu contrato, deverá celebrar contratos com MEs e/ou EPPs em que elas se obrigarão a fornecer à Administração trinta mil cadeiras escolares.

Os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas (art. 48, § 2º).

- III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Nessa hipótese, se a Administração pretendesse comprar quarenta mil cadeiras escolares, poderia determinar que dez mil cadeiras, ou seja, 25% (o percentual exato deve estar previsto no instrumento convocatório) fossem obrigatoriamente compradas de ME ou EPP. Poderia, por exemplo, realizar duas licitações distintas, ou uma licitação com “reserva” de dez mil cadeiras para a ME ou EPP que apresentasse a melhor proposta dentre as apresentadas pelas ME e EPP participantes do certame.

O valor licitado mediante licitações em que sejam aplicados esses “tratamentos diferenciados e simplificados” não poderá exceder a 25% do total licitado em cada ano civil (art. 48, § 1º). Embora o dispositivo não explicita, esse limite deve ser calculado separadamente para cada ente federado, ou seja, com base no valor das licitações que o ente federado tenha realizado no ano civil.

Em qualquer caso, o art. 49 da LC nº 123/2006 determina que **não se aplicam** os “tratamentos diferenciados e simplificados” de que tratam os seus arts. 47 e 48 quando:

I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

8. PROCEDIMENTOS: AS FASES DA LICITAÇÃO

Estudaremos as etapas da licitação conforme a esquematização comumente elaborada pela doutrina, especialmente pela do Professor Hely Lopes Meirelles.

Embora não tenha obrado uma divisão organizada e didática do procedimento licitatório em etapas, a Lei nº 8.666/1993 a elas se refere minudentemente.

Hely Lopes Meirelles ensina que o procedimento inicia-se na repartição interessada, com a abertura de processo administrativo (processo em sentido amplo, uma vez que não há litígio envolvido) em que a autoridade competente determina a realização da licitação, define seu objeto e indica os recursos hábeis para despesa (ver art. 38 da Lei nº 8.666/1993). Esta é a chamada fase interna da licitação. A ela se segue a fase externa, desenvolvendo-se na seguinte sequência: audiência pública, publicação do edital ou envio do convite de convocação, recebimento da documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, homologação e adjudicação.

O art. 43 da Lei nº 8.666/1993 faz uma breve síntese das principais fases de andamento e julgamento da licitação, que muito auxilia na visão sistemática de todo o procedimento licitatório, quais sejam:

- 1º passo:** abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
- 2º passo:** devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- 3º passo:** abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- 4º passo:** verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;
- 5º passo:** julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
- 6º passo:** deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

Passemos ao estudo separado de cada etapa.

8.1. Audiência pública

A fim de ampliar o acesso a informações relativas ao contrato a ser firmado com a Administração, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 39, estabelece

a obrigatoriedade de realização de uma audiência pública prévia à publicação do edital nas licitações de valores mais elevados.

O dispositivo citado prevê a realização da audiência pública, com antecedência mínima de **15 dias úteis** da data prevista para a publicação do edital, e divulgada com a antecedência mínima de **10 dias úteis** de sua realização, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

O parágrafo único do art. 39 define como **licitações simultâneas** aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias. Consideram-se **sucessivas** duas ou mais licitações quando, sendo similares seus objetos, o edital da segunda seja publicado antes de 120 dias após o término do contrato resultante da primeira licitação e assim por diante.

Na audiência pública os interessados terão acesso a todas as informações pertinentes ao objeto da licitação e terão oportunidade de se manifestar a respeito.

8.2. Edital

Edital é o instrumento por meio do qual a Administração torna pública a realização de uma licitação. É o meio utilizado para todas as modalidades de licitação, exceto a modalidade **convite**. A intenção de licitar é divulgada pela publicação de aviso com o resumo do edital, nos termos do art. 21 da Lei:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, e ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II – no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração,

conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.”

Atualmente, como veremos adiante, foi acrescentado ao rol das modalidades de licitação o denominado pregão, instituído pela MP nº 2.026 (atual Lei nº 10.520/2002), cuja primeira edição deu-se em maio de 2000. O pregão é também divulgado por meio de aviso publicado em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos, e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento. Do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, incisos I e II).

O edital é a “lei interna” da licitação. Ele deve fixar as condições de realização da licitação e vincula a Administração e os proponentes.

O edital é numerado, em séries anuais, deve conter o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida pela Lei nº 8.666/1993, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes (art. 40).

São, ainda, informações obrigatórias contidas no edital (art. 40):

- 1) objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- 2) prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- 3) sanções para o caso de inadimplemento;
- 4) local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- 5) se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- 6) condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;
- 7) critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- 8) locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

- 9) condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- 10) o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência**;
- 11) critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- 12) limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- 13) condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - e) exigência de seguros, quando for o caso;
- 14) instruções e normas para os recursos previstos na Lei nº 8.666/1993;
- 15) condições de recebimento do objeto da licitação;
- 16) outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

O disposto no item 10, acima, merece um comentário.

Embora a lei proíba a fixação de preços mínimos, ela determina que sejam desclassificadas as propostas com “preços manifestamente inexeqüíveis”. Preços “manifestamente inexeqüíveis” são, segundo a lei, “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”.

Portanto, o edital pode especificar os critérios para que se identifique um preço como “manifestamente inexeqüível”. Isso, **indiretamente**, pode acarretar a fixação de um preço mínimo, abaixo do qual a proposta será desclassificada por apresentar um preço “manifestamente inexeqüível”.

Desde logo, a Lei nº 8.666/1993, no § 1º do art. 48, estabelece o que é considerado um preço “manifestamente inexequível”, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia.

Além disso, também no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, o § 2º do art. 48 determina que seja exigida prestação de garantia adicional pelo licitante, quando o valor da proposta for muito baixo, próximo do considerado “manifestamente inexequível”. Nesse caso, a proposta não será desclassificada, mas haverá a exigência dessa garantia adicional.

Sem embargo do que acabamos de comentar, é certo que a fixação direta de um preço mínimo no edital é vedada, conforme explicitado no item 10, acima.

8.3. Antecedência mínima do edital

Os prováveis interessados em licitar necessitam, evidentemente, de um prazo que permita a elaboração de suas propostas, o estudo e análise das condições da licitação, enfim, um tempo mínimo para que se preparem para participar da disputa. Os prazos mínimos variam conforme a modalidade de licitação, sendo maiores para as mais complexas e menores para as de menor vulto. Deve-se notar que os prazos estabelecidos na Lei são prazos mínimos, nada obstando que a Administração adote lapsos temporais maiores sempre que entenda serem estes necessários ou convenientes, no intuito de aumentar a competitividade do procedimento.

A antecedência mínima a ser observada encontra-se disciplinada no art. 21 da Lei e, no caso da modalidade pregão, no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002 (notem que apenas os prazos relativos às modalidades convite e pregão são contados em **dias úteis**):

A partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos (prevalecendo a data que ocorrer mais tarde), o prazo mínimo a ser observado para o recebimento das propostas ou a realização do evento será de:

- 1) **quarenta e cinco dias** para as modalidades:
 - a) concurso;
 - b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

- 2) **trinta dias** para as modalidades:
 - a) concorrência, nos casos não especificados na letra “b” acima;
 - b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;
- 3) **quinze dias** para as modalidades:
 - a) tomada de preços, nos casos não especificados na letra “b” acima;
 - b) leilão;
- 4) **cinco dias úteis** para a modalidade convite;
- 5) **oito dias úteis** para a modalidade pregão, contados a partir da publicação do aviso.

Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido para apresentação das propostas, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

8.4. Impugnação administrativa do edital

Já vimos que a Administração encontra-se vinculada às condições expostas no edital (o edital é a “lei” da licitação, vinculando a seus termos não só a Administração, mas também os participantes do certame). A Lei prevê a impugnação administrativa do edital de licitação sempre que este seja discriminatório ou omisso em pontos essenciais ou, ainda, apresente qualquer irregularidade relevante. A impugnação pode ser feita por qualquer cidadão, inclusive, evidentemente, os participantes do certame.

Nos termos do art. 41, § 1º, da Lei, qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade, devendo protocolar o pedido até **5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação**, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 dias úteis.

Já o licitante poderá impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração **até o segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão. A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente (art. 41, §§ 2º e 3º).

Os prazos acima referidos, frise-se, referem-se à impugnação **administrativa** do edital, efetivada perante a própria Administração (o controle judicial não se sujeita a eles).

Além da possibilidade de impugnação do edital, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei nº 8.666/1993, para fins de controle das despesas decorrentes dos contratos (art. 113).

8.5. Carta-convite

A carta-convite é o instrumento convocatório utilizado para chamar os interessados a participar da licitação quando adotada a modalidade convite. A carta-convite é enviada diretamente aos interessados e não precisa ser publicada, devendo, entretanto, ser fixada cópia em local apropriado (art. 22, § 3º). Aplicam-se à carta-convite, no que for cabível, as disposições relativas ao edital, especialmente quanto à identificação do objeto da licitação, critério de julgamento e demais condições cujo conhecimento seja indispensável.

8.6. Comissão de licitação

As etapas de habilitação dos licitantes e julgamento das propostas são efetivadas por uma comissão, denominada comissão de licitação ou comissão julgadora.

Os órgãos ou entidades da Administração poderão possuir comissões permanentes ou constituir comissões especiais. As comissões serão integradas por **no mínimo**, 3 membros, sendo pelo menos 2 deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação (art. 51).

No caso de licitação na modalidade convite, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por um servidor, formalmente designado pela autoridade competente (art. 51, § 1º).

Os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (art. 51, § 3º).

8.7. Habilitação dos licitantes

Hely Lopes Meirelles define a fase de habilitação como aquela em que se procede à verificação da documentação e de requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os. É etapa relacionada às qualidades pessoais dos interessados em licitar. Como regra, ocorre previamente à análise das propostas. Nesses casos, o licitante inabilitado, na verdade, é excluído do procedimento e a proposta que havia formulado nem chega a ser conhecida (devolve-se a ele o envelope ainda lacrado).

A habilitação tem por finalidade garantir que o licitante, na hipótese de ser o vencedor do certame, tenha condições técnicas, financeiras e idoneidade para adequadamente cumprir o contrato objeto da licitação. A fim de garantir a maior competitividade possível à disputa, a Lei nº 8.666/1993 proíbe qualquer exigência supérflua ou desnecessária, exigências estas que indicariam direcionamento da licitação para favorecer determinadas pessoas, empresas ou grupos. Por isso a Lei não admite que nada além do nela previsto seja exigido. Somente poderá ser exigida dos interessados, para habilitação nas licitações, documentação relativa a:

- 1) habilitação jurídica;
- 2) qualificação técnica;
- 3) qualificação econômico-financeira;
- 4) regularidade fiscal;
- 5) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (restrições e proibições ao trabalho dos menores).

A documentação para habilitação poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

A documentação exigida para a habilitação ou qualificação está enumerada nos arts. 28 a 31 da Lei. Entendemos fundamental conhecer a documentação necessária para a comprovação de regularidade fiscal, conforme o art. 29. A documentação relativa à **regularidade fiscal**, conforme o caso, consistirá em:

- 1) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

Obs.: atualmente denominado Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ).

- 2) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- 3) prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- 4) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

A documentação relativa à **habilitação jurídica**, conforme o caso, consistirá em:

- 1) cédula de identidade;
- 2) registro comercial, no caso de empresa individual;
- 3) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- 4) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- 5) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

A documentação relativa à **qualificação técnica** limitar-se-á a:

- 1) registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- 2) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- 3) comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- 4) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A documentação relativa à **qualificação econômico-financeira** limitar-se-á:

- 1) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- 2) certidão negativa de falência ou concordata (recuperação judicial) expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- 3) garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Como explicamos, a inabilitação implica a exclusão do interessado do procedimento licitatório. O art. 41, § 4º, estabelece que “a inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes”. Por este motivo, o **recurso** contra a inabilitação tem **efeito suspensivo** (art. 109, § 2º).

Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, **salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento** (art. 43, § 5º).

Após a fase de habilitação, o licitante não poderá mais desistir da proposta apresentada, **salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão** (art. 43, § 6º).

É importante registrar que a Lei Complementar nº 123/2006 (“Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”) estabeleceu regras especiais relativas à exigência de regularidade fiscal para microempresas e empresas de pequeno porte que participem de procedimentos licitatórios.

Com efeito, nos termos do art. 42 dessa lei complementar, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte que participem de licitações públicas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. Isso significa que mesmo que uma microempresa (ME) ou uma empresa de pequeno porte (EPP) tenha débitos tributários exigíveis, situação fiscal irregular, ela poderá participar da licitação. Somente no caso de sagrar-se vitoriosa no certame é que a ME ou a EPP vencedora terá que regularizar sua situação fiscal previamente à assinatura do contrato.

O art. 43 da LC nº 123/2006 determina que as ME e EPP que participem da licitação apresentem toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta contenha alguma

restrição. Se a ME ou a EPP que apresentou documentos com restrições (por exemplo, uma certidão positiva de tributos federais, isto é, uma certidão de que constem débitos exigíveis de tributos federais) vencer a licitação, aí sim, terá ela o prazo de dois dias úteis, contados a partir do momento em que a ME ou a EPP seja declarada vencedora do certame, prorrogáveis por mais dois dias úteis, a critério da Administração, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeitos de certidão negativa (art. 43, § 1º).

Se a ME ou a EPP que apresentou documentação com restrições e venceu a licitação não providenciar a regularização referida no parágrafo anterior, ocorrerá a decadência do seu direito à contratação. Ela estará, ainda, sujeita às sanções legais aplicáveis à hipótese de “descumprimento total da obrigação assumida”. Ocorrendo essa situação, faculta-se à Administração **convocar os licitantes remanescentes**, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, **ou revogar a licitação** (art. 43, § 2º).

8.8. Julgamento das propostas

O julgamento das propostas consiste no confronto das ofertas, classificação das propostas e determinação do vencedor, ao qual deverá ser adjudicado o objeto da licitação. Deverá sempre ser observado o critério de julgamento estabelecido no edital, critério este que se relaciona ao conceito de **tipo de licitação**, como explicaremos adiante. O julgamento, regra geral, é efetuado pela comissão de licitação. As disposições da Lei nº 8.666/1993 sobre o julgamento das propostas são de fácil compreensão, tornando-se ocioso repetirmo-las em texto fluente. Transcrevemos os preceitos pertinentes com os grifos que entendemos devidos:

“Art. 43. A licitação será **processada e julgada** com observância dos seguintes procedimentos:

I – **abertura dos envelopes** contendo a documentação relativa à **habilitação** dos concorrentes, e sua apreciação;

II – **devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados**, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III – **abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados**, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

O julgamento das propostas levará em consideração os **critérios objetivos** definidos no edital ou convite, **sendo vedada**:

- a) a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, de qualquer forma, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes;
- b) a consideração de qualquer oferta ou vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

O preço oferecido na proposta deverá ser um valor definido: tantos reais pela realização da obra, pela prestação do serviço etc. Não será considerada proposta em que o preço oferecido seja baseado nas ofertas dos demais licitantes. Assim, por exemplo, se alguma proposta enunciar algo como “realizo a obra por valor 5% inferior ao menor dentre os preços oferecidos pelos demais licitantes”, essa proposta não será considerada.

O art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 contém uma regra com, literalmente, a seguinte redação (grifamos):

“Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, **ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos**, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.”

É importante lembrar que o edital não pode estabelecer, diretamente, preços mínimos (art. 40, X). O que é lícito à Administração é fixar, no

edital, os critérios para que se identifique um preço como “manifestamente inexecutável”, nos termos do art. 48, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/1993, comentados anteriormente, quando vimos as informações que devem constar do edital.

Essa regra do § 3º do art. 44, entretanto, **vai além**: segundo ela, mesmo que o edital nada disponha sobre limites mínimos de preços (que seria exatamente estabelecer de forma expressa os critérios para que se identifique um preço como “manifestamente inexecutável”), serão desclassificadas as propostas que apresentem “preços global ou unitários **simbólicos, irrisórios** ou de **valor zero**, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos”, “exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração”.

A nosso ver, não é fácil compatibilizar essa regra do § 3º do art. 44 com o disposto no inciso II do art. 48, que diz que as condições para que se considere que um preço é “manifestamente inexecutável” devem estar “necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”. O que podemos pensar é que os preços a que se refere a regra do § 3º do art. 44 são **ainda menores** do que os que a lei chama de “**manifestamente inexecutáveis**”; eles são “**simbólicos, irrisórios** ou de **valor zero**”. Neste caso – dos preços “simbólicos, irrisórios ou de valor zero” – a proposta será desclassificada mesmo que o edital não contenha nenhuma disposição sobre limites mínimos de preços.

Por fim, quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas (isto é, configurada a “**licitação fracassada**”), a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das irregularidades apuradas, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis (art. 48, § 3º).

8.9. Homologação e adjudicação ao vencedor

O art. 43, VI, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que, após o julgamento pela comissão, esta remeta o processo à autoridade competente para que ela homologue o resultado do julgamento e adjudique o objeto da licitação ao vencedor.

Observamos que o trabalho da comissão encerra-se com a divulgação do resultado do julgamento, após o qual passa o processo à autoridade competente para as providências citadas.

Havendo irregularidade no julgamento, a autoridade superior não o homologará, devolvendo o processo à comissão para novo julgamento com correção da irregularidade apontada, se isto for possível. Caso não seja, a hipótese pode ser de anulação do procedimento, pelo menos desde a prática do ato viciado por ilegalidade.

A adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação. Não se deve confundir adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, o fará com o vencedor. A adjudicação é o ato final do procedimento de licitação.

O art. 50 da Lei expressamente declara que “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

9. TIPOS DE LICITAÇÃO

Vimos, quando estudamos os princípios que regem as licitações, que o legislador pretendeu fosse o julgamento realizado conforme critério objetivo. Devemos lembrar que somente pode ser efetivamente objetivo o julgamento quando o critério adotado for o de **menor preço**. Os possíveis critérios a serem observados no julgamento determinam o que a Lei denomina **tipos de licitação**.

O tipo **menor preço** deve ser a regra geral nas licitações para contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento. Por isso, o art. 46 expressamente declara que “os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual.”

A nova modalidade de licitação denominada pregão somente admite o tipo menor preço (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002).

Além dos tipos de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993, art. 45, existem diversos outros critérios especificamente previstos para as licitações cujo objeto seja a celebração de contrato de concessão ou permissão de serviços públicos (art. 15 da Lei nº 8.987/1995).

Os quatro tipos básicos de licitação, observando-se que eles **não se aplicam à modalidade concurso** (no concurso há uma estipulação prévia de prêmio ou remuneração, consistindo a participação no concurso em aceitação tácita, pelo concorrente, do prêmio oferecido), estabelecidos nos incisos do § 1º do art. 45 da Lei nº 8.666, são:

- 1) a de **menor preço** – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;
- 2) a de **melhor técnica**;
- 3) a de **técnica e preço**;
- 4) a de **maior lance ou oferta** – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

A Lei nº 8.666/1993 pretendeu que os quatro tipos citados constituíssem uma lista *numerus clausus*, estabelecendo, no § 5º do art. 45, a proibição de utilização de outros tipos de licitação diversos dos aqui previstos.

A par disso, a Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, não se refere a tipos de licitação. Estabelece, todavia, critérios de julgamento que, até mesmo pela natureza dos contratos a serem celebrados – concessão ou permissão de serviços públicos – diferem dos enumerados na Lei nº 8.666/1993. São os seguintes os critérios previstos na Lei nº 8.987/95:

- 1) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- 2) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- 3) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- 4) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- 5) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;
- 6) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;
- 7) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos itens 1, 2 e 6.

10. ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO

Já vimos que a anulação de um ato administrativo (declaração de nulidade) aplica-se aos casos em que se verifica alguma ilegalidade ou ilegitimidade. A anulação de um ato do Poder Executivo pode ser feita pelo próprio Poder Executivo, mediante provocação ou de ofício, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado. O ato que tenha sua nulidade declarada perde a eficácia desde a origem (*ex tunc*), não podendo dele decorrerem efeitos válidos, mantendo-se

apenas os efeitos já produzidos perante terceiros de boa-fé que possam ser prejudicados pela invalidação do ato.

Vimos, também, que a revogação retira do mundo jurídico um ato válido que se tornou inoportuno ou inconveniente ao interesse público, conforme critério discricionário da Administração. A revogação de um ato do Poder Executivo somente pode ser feita pelo próprio Poder Executivo. Como o ato não apresentava qualquer vício, a revogação somente produz efeitos prospectivos (*ex nunc*), ou seja, o ato produz efeitos regularmente até a data de sua revogação.

Pois bem, a licitação é um procedimento administrativo, consubstanciando-se, portanto, numa sequência encadeada de atos administrativos visando a um fim comum.

Se ocorrer ilegalidade na prática de algum ato do procedimento, esse ato deverá ser anulado, e sua anulação implica nulidade de todas as etapas posteriores do procedimento, dependentes ou conseqüentes daquele ato.

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 38, IX, determina que o despacho de anulação da licitação seja fundamentado circunstanciadamente. Em seu art. 49, a Lei assevera que a autoridade competente para a aprovação do procedimento deverá anulá-lo por ilegalidade, **de ofício ou por provocação de terceiros**, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. A nulidade do procedimento licitatório induz à nulidade do contrato (art. 49, § 2º).

A anulação do **procedimento licitatório** por motivo de ilegalidade **não gera obrigação de indenizar** (art. 49, § 1º). Entretanto, a nulidade do **contrato** não exonera a Administração do **dever de indenizar** o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que a causa da nulidade não lhe seja imputável (ao contratado), promovendo-se a responsabilidade de quem deu causa à nulidade (art. 59, parágrafo único).

A possibilidade de revogação da licitação, embora a revogação seja um ato discricionário da Administração, sofreu grande restrição com a edição da Lei nº 8.666/1993. Isso porque a lei somente permite a revogação em duas hipóteses, devendo o despacho revogatório ser devidamente motivado, assegurando-se contraditório e ampla defesa aos prejudicados.

A revogação da licitação é facultada à Administração nas seguintes hipóteses:

- a) por motivo de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art. 49). O despacho de revogação deverá ser fundamentado circunstanciadamente (art. 38, IX);

- b) quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos no edital (art. 64, § 2º).

A lei não menciona expressamente, mas a revogação da licitação gera obrigação de indenizar os participantes que comprovem haver sofrido prejuízos em sua decorrência.

Hely Lopes Meirelles ensina que “diversamente do que ocorre com a anulação, que pode ser total ou parcial, não é possível a revogação de um simples ato do procedimento licitatório, como o julgamento, por exemplo. Ocorrendo motivo de interesse público que desaconselhe a contratação do objeto da licitação, é todo o procedimento que se revoga”.

Evidentemente, depois de assinado o contrato, não se pode mais revogar a licitação. Já a anulação da licitação pode ser feita a qualquer tempo e, como visto, a nulidade da licitação implica a nulidade do contrato dela decorrente.

Em qualquer caso de desfazimento da licitação, seja por anulação, seja por revogação, é assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 3º). Cabe recurso administrativo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato, nos casos de anulação ou revogação da licitação (art. 109, I, “c”).

11. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

11.1. Introdução

Estudaremos as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 e a modalidade instituída pela MP 2.026/2000, atual Lei nº 10.520/2002.

O primeiro ponto interessante a observarmos é que a Lei nº 8.666/1993 enumera, em seu art. 22, cinco diferentes modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão – e, no § 8º deste artigo, expressamente declara **vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das ali referidas**.

A despeito desta determinação, constante da Lei nº 8.666/1993, que é a lei de normas gerais sobre licitações e contratos públicos, a MP 2.026/2000 instituiu, somente para a União Federal, uma sexta modalidade de licitação, denominada **pregão**, aplicável a contratos para aquisição de bens e serviços comuns. A Lei nº 10.520/2002, entretanto, expressamente estendeu o pregão

a todas as esferas da Federação, passando ele a ser modalidade aplicável no âmbito da União, Estados, DF e Municípios.

As modalidades de licitação possuem características próprias que as distinguem umas das outras, sendo cada qual apropriada a determinados tipo de contratação.

As três primeiras modalidades enumeradas na Lei nº 8.666 – **concorrência, tomada de preços e convite** – são, embora a Lei não o diga expressamente, hierarquizadas com base na complexidade de seus procedimentos e no vulto dos contratos a serem celebrados, especialmente no que se refere aos valores envolvidos. Estas três modalidades de licitação são as aplicáveis, por excelência, aos contratos de execução de obras públicas, prestação de serviços à Administração e compras de bens pela Administração. Veremos, também, que os contratos de concessão de serviços públicos sempre exigem licitação prévia e somente admitem seja esta na modalidade concorrência.

Temos, portanto, a **concorrência** como a mais complexa modalidade de licitação, sendo sua utilização possível para a celebração de contratos de qualquer valor e, como dito, sempre exigida para os contratos de concessão de serviços públicos. É também a modalidade em que se verificam a maior competitividade e publicidade possíveis.

Em seguida, menos complexa e utilizável para celebração de contratos de valor intermediário, tem-se a **tomada de preços**.

Por último, o **convite** é a mais simples modalidade de licitação, somente utilizável para a celebração de contratos de menor valor (devemos, ainda, lembrar que quando o valor do contrato é muito reduzido existe a possibilidade de a Administração dispensar a licitação, constituindo a hipótese de licitação dispensável expressamente prevista nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993).

A existência de uma hierarquia entre as três modalidades acima citadas decorre da letra do § 4º do art. 23 da Lei, segundo o qual “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”.

Já os valores dos contratos a serem celebrados, que determinam a modalidade mínima exigida, estão descritos no art. 23 da Lei, como se segue:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

- II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 - b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

No caso de **consórcios públicos**, aplicar-se-á o dobro desses valores, quando formados por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formados por maior número (Lei nº 11.107/2005, art. 17).

11.2. Concorrência

No § 1º do art. 22, a Lei nº 8.666/1993 genericamente afirma que “concorrência é a 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 é a mais complexa das modalidades de licitação.

Presta-se à contratação de obras, serviços, compras, de qualquer valor. Além disso, é a modalidade exigida para a celebração de contratos de concessão de serviços públicos (sempre), para os contratos de parcerias público-privadas (que são espécie do gênero “concessões”), para a compra de imóveis e a alienação de imóveis públicos (regra geral), para a concessão de direito real de uso (regra geral) e para as licitações internacionais (regra geral).

Seja qual for o valor do contrato que a Administração pretenda firmar, a concorrência, em tese, pode ser utilizada.

Relativamente ao valor do contrato, há hierarquia entre a concorrência (contratos sem limite de valor), a tomada de preços (contratos até determinado valor, intermediário) e o convite (contratos de valor reduzido). Por isso, quando for possível o convite, será, alternativamente, possível usar a tomada de preços ou a concorrência; quando for possível usar a tomada de preços, será possível, alternativamente, utilizar a concorrência.

Uma das características da concorrência é possuir uma fase de habilitação **preliminar**, após a abertura do procedimento (publicação do resumo do edital).

Cabe mencionar que, especificamente na concorrência prévia à celebração de contratos de parcerias público-privadas (PPP), e na concorrência prévia à celebração de contratos de concessão de serviços públicos, é admitida a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que este ocorrerá antes daquela. Isso está previsto, para as PPP, no art. 13 da

Lei nº 11.079/2004, e para os contratos de concessão de serviços públicos, no art. 18-A da Lei nº 8.987/1995.

A doutrina aponta como princípios da concorrência: universalidade, ampla publicidade, habilitação preliminar e julgamento por comissão. Observem que não são princípios exclusivos (por exemplo, a tomada de preços, o concurso, o pregão e o leilão também observam “ampla publicidade”, a tomada de preços e o concurso também são julgados por comissão etc.).

11.3. Tomada de preços

O art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 define a tomada de preços como a “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.”

A habilitação, que é o próprio cadastramento, é prévia à abertura do procedimento. Entretanto, a fim de atender ao princípio da competitividade, os não previamente cadastrados têm garantida a possibilidade de se inscreverem até o **terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas**, contanto que satisfaçam as condições de qualificação exigidas (que são as mesmas condições exigidas para o cadastramento).

Como dito acima, a tomada de preços presta-se à celebração de contratos relativos a obras, serviços e compras de menor vulto do que os que exigem a concorrência. Mas o julgamento, assim como na concorrência, é realizado por uma comissão integrada por três membros. O que realmente distingue a tomada de preços é a existência da habilitação prévia à abertura do procedimento, mediante o cadastramento dos interessados nos registros cadastrais da Administração.

A tomada de preços é admitida nas licitações internacionais, desde que:

- 1) o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores; e
- 2) o contrato a ser celebrado esteja dentro dos limites de valor para a tomada de preços.

11.4. Convite

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, **cadastrados ou não**, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 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 horas da apresentação das propostas.

Já vimos que o instrumento de convocação utilizado na modalidade convite é a carta-convite, enviada diretamente aos interessados. É interessante notar que a Lei fala, num primeiro momento, em interessados **cadastrados ou não**, para o fim de ser enviada a carta-convite. No caso do convite não há publicação em diário oficial, mas é necessário, além do envio da carta-convite aos interessados, afixação de cópia do instrumento em local apropriado para que os demais **cadastrados** não originalmente convidados possam participar, habilitando-se até 24 horas antes do prazo para entrega das propostas (esta possibilidade de que aqueles que não foram convidados possam habilitar-se até 24 horas antes do prazo para entrega das propostas alcança somente os interessados **cadastrados**!).

O convite é a modalidade de licitação utilizada para as contratações de menor valor, sendo, por isso, mais simples em seu procedimento. Por isso, o art. 51, § 1º, da Lei prevê que “no caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por **servidor** formalmente designado pela autoridade competente”.

É possível que a carta-convite, excepcionalmente, seja enviada a menos de três interessados, desde que por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, seja impossível a obtenção do número mínimo de licitantes. Estas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite (art. 22, § 7º).

Na hipótese contrária, ou seja, de existirem mais de três possíveis interessados numa praça, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem **cadastrados** não convidados nas últimas licitações (art. 22, § 6º).

Embora seja a menos complexa das modalidades, é possível convite em licitações internacionais, respeitados os limites de valor estabelecidos na Lei, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no Brasil (art. 23, § 3º).

11.5. Concurso

Concurso é a 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 dias (art. 22, § 4º).

Portanto, o que determina a necessidade de realizar a licitação na modalidade concurso é a natureza do seu objeto, não o valor do contrato.

O procedimento, no caso do concurso, é um tanto diverso, pois o julgamento será feito por uma **comissão especial** integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, **servidores públicos ou não** (art. 51, § 5º).

Já vimos, também, que ao concurso não se aplicam os tipos de licitação previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/1993 (menor preço, melhor técnica etc.), pois os vencedores recebem um prêmio ou remuneração.

O art. 52 da Lei estabelece, ainda, que o concurso deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital, e que, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente.

É importante observarmos que, segundo o art. 13, § 1º, da Lei, “os contratos para a prestação de **serviços técnicos profissionais especializados** deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação.

11.6. Leilão

Leilão é a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, para a venda, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, de (art. 22, § 5º):

- a) **bens móveis** inservíveis para a Administração;
- b) **produtos legalmente apreendidos ou penhorados**;
- c) **bens imóveis** da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

O leilão para a alienação de bens móveis da Administração está limitado a bens avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior a R\$ 650.000,00 (art. 17, § 6º). Acima disso, deve ser utilizada a concorrência.

Nos casos de privatizações de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos sob controle direto ou indireto da União, simultâneas com a outorga de novas concessões de serviços públicos ou com a prorrogação de concessões existentes, a União, regra geral, pode utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário (art. 27, I, da Lei nº 9.074/95).

Além destas disposições, o art. 53 estabelece que:

“Art. 53. O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

§ 1º Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação.

§ 2º Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% (cinco por cento) e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/94)

§ 4º O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará. (Parágrafo acrescido pela Lei nº 8.883, de 08/06/94).”

11.7. Pregão

O pregão é uma sexta modalidade de licitação, instituída a par das cinco arroladas no art. 22 da Lei nº 8.666/93, pela MP nº 2.026/2000.

Durante a vigência dessa Medida Provisória, dezoito vezes reeditada, o pregão **constituía** modalidade de licitação **somente** aplicável no âmbito da **União Federal**.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, expressamente estendeu o pregão a todas as esferas da Federação, passando ele a ser modalidade aplicável no âmbito da União, Estados, DF e Municípios, consoante expressamente plasmado na ementa da referida Lei: “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”

Com isso, podemos afirmar, hoje, que a Lei nº 10.520/2002 veicula normas gerais em matéria de licitações públicas. Encontra-se, portanto, na mesma situação da Lei nº 8.666/93 em nosso ordenamento jurídico. Temos, em verdade, duas leis de normas gerais regulamentando o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, a segunda acrescentando normas à regulamentação inicial: a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/2002.

O pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, parágrafo único).

O **pregão pode ser utilizado para qualquer valor de contrato**. Essa regra constava expressamente da própria definição de pregão – anteriormente plasmada no art. 2º da MP nº 2.026/2000 (mais tarde MP nº 2.182-18/2001) – aprovada pelo Congresso Nacional na votação do projeto de lei de conversão da Medida Provisória 2.182-18/2001. Ocorre que a definição aprovada pelo Congresso Nacional acabou incluindo uma restrição a determinadas contratações (de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária), que ocasionariam importantes transtornos ao Poder Executivo federal.

Por esse motivo, e tendo em vista a impossibilidade de vetar somente palavras ou expressões (CF, art. 66, § 2º – “o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”), o Presidente da República foi forçado a vetar todo o *caput* do art. 2º, que possuía a seguinte redação (em negrito está a parte que acabou provocando o veto de todo o dispositivo):

“Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, **vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.**”

Apesar de vetado o *caput* do art. 2º da Lei nº 10.520/2002, permanece não existindo qualquer limite de valor à contratação mediante pregão. Da mesma forma, continua inteiramente aplicável, para efeito doutrinário, a definição dessa modalidade de licitação (enfatize-se que ela deixou de ser uma definição legal e passou a ser apenas doutrinária), a saber:

“Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.”

Observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a Administração contratante, especialmente

por constituir-se em uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a Administração comparativamente àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação.

Algumas importantes características do pregão, que têm permitido a redução do preço das contratações, com sensível vantagem para o Erário, são a possibilidade de redução do preço das propostas iniciais por meio de lances verbais dos participantes e a não exigência de habilitação prévia ou de garantias, com o conseqüente aumento do número de concorrentes e da competitividade. O legislador abriu mão da exigência de habilitações prévias e garantias, optando por, em vez disso, cominar rigorosas sanções àqueles que, vencendo a licitação, deixem de adimplir o contrato ou o executem inadequadamente. A Lei prevê sanções como a imposição de multas e o impedimento de licitar e contratar com o ente federado licitante pelo prazo de até cinco anos.

Outro ponto importante, acima mencionado, é que, no pregão, não se leva em consideração o vulto do contrato (valor da contratação), mas sim as características dos bens ou serviços, que devem ser **comuns**, ou seja, simples, ordinários, rotineiros. Por esse motivo, também, o tipo de licitação, no pregão, é sempre o de **menor preço** (não se exige capacitação técnica especializada para o fornecimento dos bens ou prestação dos serviços objeto do pregão).

O pregão foi regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 3.555/2000, posteriormente alterado pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001. Repete-se que essa regulamentação, feita por decreto do Presidente da República, somente se aplica, evidentemente, na esfera federal.

O regulamento federal do pregão, logo em seu art. 3º, determinava que o pregão deveria ser a modalidade de licitação prioritariamente utilizada quando a União tencione celebrar contratos visando à aquisição de bens e serviços comuns. O próprio dispositivo justificava essa precedência do pregão pelo fato de ser a modalidade de licitação destinada a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

Dissemos “determinava” porque o Decreto nº 5.450, de 31.05.2005, conquanto não tenha revogado expressamente esse artigo, estabeleceu norma mais abrangente, tornando sem aplicação o art. 3º do regulamento do pregão. O referido Decreto nº 5.450/2005, apesar de afirmar que seu objeto é a regulamentação do **pregão eletrônico**, estabeleceu normas aplicáveis ao pregão em geral, em âmbito federal. Dentre essas normas, destaca-se, pela sua importância, o art. 4º, que tornou **obrigatória** a utilização da modalidade

pregão para aquisição de bens e serviços comuns pela União. Comentaremos o Decreto nº 5.450/2005 adiante.

Voltando ao regulamento federal do pregão em geral (Decreto nº 3.555/2000), merece registro seu art. 4º, que declara serem princípios norteadores dessa modalidade de licitação, ao lado dos já estudados princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, outros princípios, que denominou princípios correlatos, como o da **celeridade**, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, **justo preço**, **seletividade** e **comparação objetiva das propostas**.

O mesmo Decreto nº 3.555/2000, ainda, enumerou uma série de bens e serviços comuns. Essa listagem é importante pois, como mencionado, a modalidade pregão passou a ser obrigatória nas licitações que precedam a celebração de contratos para a aquisição, pela União, de tais bens e serviços.

Dentre os **bens** constantes da lista, classificados em bens de consumo e bens permanentes, enumeramos: água mineral, combustíveis, gêneros alimentícios, material hospitalar e de limpeza, uniformes, veículos automóveis, gás, material de expediente, material hospitalar, médico e de laboratório, medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos, uniforme, mobiliário etc.

Dentre os **serviços** classificados como comuns mencionamos: assinaturas de jornais e revistas, assistência hospitalar, médica e odontológica, serviços gráficos, serviços de jardinagem, de lavanderia, de limpeza e conservação, de manutenção de bens móveis e imóveis, de transporte, de vigilância e segurança ostensiva auxiliares, ascensorista, auxiliar de escritório, copeiro, garçom, motorista, secretária, telefonista, serviços de confecção de uniformes, serviços de hotelaria etc.

O pregão é realizado mediante propostas e lances em sessão pública. O autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores a ela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor, sempre pelo critério menor preço. Não havendo pelo menos três ofertas com diferença de até dez por cento em relação à mais baixa, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos. Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital.

A habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

Observa-se que um aspecto distintivo dessa modalidade de licitação é a inversão que ocorre na sequência das fases de habilitação e julgamento das propostas. Deveras, nas outras modalidades de licitação, mesmo que não exista uma fase definida de habilitação, a verificação das condições dos licitantes que façam presumir sua capacidade de bem executar o contrato é feita antes da análise e julgamento das propostas (nem sequer são abertas as propostas dos licitantes inabilitados). No pregão ocorre o contrário: a habilitação dos licitantes é fase posterior ao julgamento e classificação.

Como vimos acima, essa “inversão”, atualmente, está autorizada também para as concorrências que precedam contratos de parcerias público-privadas (PPP) e contratos de concessão de serviços públicos. Note-se, entretanto, que, no pregão, a habilitação **sempre** é posterior à fase de julgamento e classificação, ao passo que na concorrência prévia aos contratos de PPP e de concessão de serviços públicos essa inversão das fases é facultada à Administração, ficando inteiramente a seu critério, discricionariamente, efetivá-la, ou não.

Verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor. Homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário (licitante vencedor) será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital. Se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta (o prazo de validade das propostas será de sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital), não celebrar o contrato, este será celebrado com o colocado seguinte que atenda às exigências de habilitação e demais estabelecidas no edital.

A Lei nº 10.520/2002 descreve, minuciosamente, as fases do pregão, dividindo-as em fases “preparatória” e “externa”.

Na fase **preparatória** do pregão, deverão ser observadas as seguintes regras:

- I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
- II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

- III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no item I e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e
- IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do evento.

Na fase **externa** do pregão, que se inicia com a convocação dos interessados, serão observadas as seguintes regras:

- I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento;
- II – do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;
- III – do edital constarão o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;
- IV – cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei nº 9.755/1998;
- V – o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a **oito dias úteis**;
- VI – no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

- VII – aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
- VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;
- IX – não havendo pelo menos três ofertas nas condições definidas no item VIII, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;
- X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o **critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;
- XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;
- XII – encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
- XIII – a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;
- XIV – os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;
- XV – verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;
- XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

- XVII – nas situações previstas nos itens XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;
- XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de **três dias** para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;
- XIX – o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;
- XX – a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a **decadência** do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;
- XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;
- XXII – homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e
- XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no item XVI.

No pregão, é **vedada** a exigência de:

- 1ª) garantia de proposta;
- 2ª) aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação do certame;
- 3ª) pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

É importante notar que as normas da Lei nº 8.666/1993 aplicam-se **subsidiariamente** à modalidade pregão de licitação.

É interessante, ainda, registrar que o parágrafo único do art. 2º da MP nº 2.026/2000 (atualmente, § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520/2002) prevê a possibilidade de “ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”. Esse dispositivo foi inicialmente regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto nº 3.697, de 21.12.2000. O Decreto nº 3.697/2000 foi revogado pelo Decreto nº 5.450, de 31.05.2005, o qual consubstancia, atualmente, **na órbita federal**, o “regulamento do pregão eletrônico”.

O pregão eletrônico realiza-se mediante disputa à distância, em sessão pública, utilizando sistema que promova a comunicação pela *internet* (art. 2º).

A regra mais importante do atual decreto, a nosso ver, está no seu art. 4º, dispositivo que, como mencionamos anteriormente, não se restringe especificamente ao pregão eletrônico. O *caput* desse artigo estabelece a **obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns pela União**. É a seguinte sua redação: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.” O § 1º do art. 4º complementa esse comando, ao prescrever que “o pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”.

A regra geral, descrita no art. 4º, acima mencionada, deve ser, entretanto, conjugada com o disposto no art. 6º do mesmo Decreto nº 5.450/2005, nos termos do qual “a licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”. Como se vê, essa restrição é especificamente direcionada ao pregão eletrônico.

Além da obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão de licitação na aquisição de bens e serviços comuns pela União, prevista no acima citado art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, é relevante registrar o disposto no Decreto nº 5.504, de 05.08.2005.

Nos termos do art. 1º do citado Decreto nº 5.504/2005 é **obrigatória a realização de licitação** para celebração de contratos por entes públicos, de **qualquer esfera da Federação**, e por **entidades privadas**, relativos a obras, compras, serviços e alienações, a serem realizados com recursos ou bens repassados **voluntariamente** pela União, em decorrência de convênios ou instrumentos congêneres, ou de consórcios públicos. Essa obrigação de realizar licitação prévia às mencionadas contratações aplica-se, inclusive, às organizações sociais (OS) e às organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), relativamente aos recursos por elas administrados, oriundos

de repasses da União, decorrentes dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Em qualquer caso, na aquisição de bens e serviços comuns, **realizada com esses recursos repassados voluntariamente pela União**, será obrigatório o emprego da modalidade **pregão**, preferencialmente na forma eletrônica (a inviabilidade da utilização do pregão eletrônico deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente).

Como se vê, as importantes inovações trazidas pelo Decreto nº 5.504/2005 são:

- a) a previsão de obrigatoriedade de realizar licitação pública para entidades não integrantes da Administração Pública, inclusive as OS e as OSCIP, quando forem celebrar contratos que envolvam bens ou recursos voluntariamente repassados pela União (afirmar que a licitação é obrigatória para entes públicos é despciendo, porque essa exigência consta da Constituição e está explicitada com absoluta clareza no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993); e
- b) a imposição do uso da modalidade pregão, preferencialmente o pregão eletrônico, nas licitações para aquisição de bens ou serviços comuns, pelos órgãos e entidades da Administração Pública dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (para a União, essa obrigação já constava do Decreto nº 5.450/2005, conforme antes exposto), e pelas pessoas privadas, inclusive as OS e as OSCIP, quando essa aquisição seja realizada com recursos repassados voluntariamente pela União.

Por último, vale reproduzir o art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, que enumera princípios norteadores do pregão, cuja aplicação também não é circunscrita à modalidade eletrônica. Consoante esse artigo, “a licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade”.

Trata-se, em nossa opinião, de dispositivo inócuo, porquanto o regulamento federal do pregão em geral (Decreto nº 3.555/2000), em seu art. 4º, já estudado, explicita, também, uma lista de princípios expressos aplicáveis a essa modalidade de licitação, com o detalhe de que o rol constante do regulamento geral é mais amplo do que o vazado no regulamento do pregão eletrônico (precisamente, constam do Decreto nº 3.555/2000 os princípios do justo preço, seletividade, comparação objetiva das propostas, finalidade e celeridade, que não estão no Decreto nº 5.450/2005; por outro lado, deste último consta o princípio da eficiência, não expresso no regulamento geral).

11.8. Consulta

A **modalidade consulta de licitação**, cuja previsão genérica surgiu em nosso ordenamento jurídico na Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 (que criou a ANATEL), é uma modalidade **não prevista** na Lei nº 8.666/1993, **prevista apenas para as agências reguladoras**.

A Lei nº 9.472/1997 dispõe sobre as contratações a serem feitas pela ANATEL nos dispositivos abaixo transcritos (grifamos):

“Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no ‘caput’, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A **consulta** e o pregão serão **disciplinados pela Agência**, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

.....

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I – para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II – quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III – para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV – quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. **A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.**

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.”

Vemos, assim, que a Lei nº 9.472/1997 criou a possibilidade de a ANATEL **disciplinar** uma modalidade nova de licitação denominada consulta. Na verdade, como a lei foi extremamente sucinta, o que temos é um descabro para com nosso ordenamento jurídico, em que uma modalidade de licitação, não prevista na lei geral de licitações (que, aliás, proíbe expressamente a criação de outras modalidades além das nela previstas), teve autorizada sua **disciplina** (não se trata de mera regulamentação) por um ente administrativo. Com efeito, **a lei só diz que a consulta é modalidade de licitação adequada à contratação de bens e serviços não classificados como comuns e que não sejam obras e serviços de engenharia civil.**

Não bastasse a muitíssimo duvidosa constitucionalidade⁶ dessa previsão da Lei nº 9.472/1997, nosso Congresso, posteriormente, estendeu essa modalidade inteiramente indefinida de licitação **a todas as agências reguladoras federais.** Com efeito, estabelece o art. 37 da Lei nº 9.986/2000:

“Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei no 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único. O disposto no ‘caput’ não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.”

Com base no comando legal, a ANATEL disciplinou a modalidade consulta, para suas contratações, por meio da Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998. Para efeito ilustrativo, coligimos alguns excertos:

“Art. 14. **Para aquisição de bens ou serviços não comuns, a Agência adotará, preferencialmente, a licitação na modalidade de consulta,** que será regida por este Regulamento e, de modo subsidiário, pelas normas procedimentais contidas no Regimento Interno, não se lhe aplicando a legislação geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Em casos especiais e a seu critério, a Agência poderá adotar, motivadamente, para as contratações a que

⁶ Nossa opinião é que essa previsão de ser disciplinada (e não apenas regulamentada) modalidade de licitação não prevista na Lei nº 8.666/1993 por uma entidade administrativa é grosseiramente inconstitucional, um total menoscabo para com as mais mezinhas normas de qualquer ramo do direito público.

se refere o caput, as modalidades da legislação geral para a Administração Pública.

Art. 15. Consulta é a modalidade de licitação em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, de elevada qualificação, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços não comuns aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação, em casos como o dos trabalhos predominantemente intelectuais, da elaboração de projetos, da consultoria, da auditoria e da elaboração de pareceres técnicos, bem assim da aquisição de equipamentos sob encomenda e de acordo com especificações particulares da Agência ou de outros bens infungíveis.

Art. 16. Aplicam-se à consulta as seguintes regras:

I – na fase preparatória a autoridade competente (art. 6º) aprovará a lista de pessoas a serem chamadas a apresentar propostas, bem como a **composição do júri** que as avaliará e os critérios de aceitação e julgamento das propostas;

II – **o júri será constituído de pelo menos três pessoas de elevado padrão profissional e moral, servidores ou não da Agência**, devendo sua indicação ser justificada nos autos, apontando-se sua qualificação;

.....

X – **as propostas serão classificadas de acordo com os critérios fixados na convocação, os quais devem viabilizar a ponderação entre o custo e o benefício de cada proposta**, considerando a qualificação do proponente;

XI – a aceitabilidade das propostas, em relação ao seu conteúdo e preço, será decidida por maioria de votos e **a classificação será feita em função das notas que lhes forem atribuídas pelos jurados**;

.....

XIV – classificadas as propostas, o júri adjudicará o objeto da consulta ao vencedor;”

A consulta, portanto, é modalidade de licitação exclusiva de **agências reguladoras**, para a aquisição de bens e serviços não comuns, excetuados obras e serviços de engenharia civil, na qual as propostas são julgadas por um júri, segundo critério que leve em consideração, ponderadamente, custo e benefício.

Capítulo 11

SERVIÇOS PÚBLICOS

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 atribui expressamente ao Poder Público a titularidade para a prestação de serviços públicos, estabelecendo que esta pode ser feita diretamente ou mediante execução indireta, neste último caso por meio de concessão ou permissão (delegação), sendo obrigatória licitação prévia para ambas as formas de delegação. É o seguinte o teor do art. 175 da Constituição Federal, que trata da matéria:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

2. CONCEITO

Devemos observar que a Constituição não conceitua serviço público. Tampouco o fazem as leis no Brasil, o que nos leva a perquirir como a doutrina trata o problema da conceituação do objeto de nosso estudo.

Relativamente à conceituação de serviços públicos, existem, na doutrina administrativista internacional, duas correntes principais: a corrente denominada essencialista e a chamada formalista.

Segundo a corrente **essencialista**, uma atividade é considerada serviço público em razão de sua própria natureza, ou seja, existiriam determinadas características essenciais que, uma vez presentes em determinado serviço, forçosamente acarretariam sua classificação como serviço público, submetendo-o ao regime jurídico próprio dos serviços públicos.

A corrente **formalista** entende que não é possível identificar-se um núcleo essencial irreduzível, concernente à natureza da atividade, que forçosamente acarretaria a classificação de um serviço como público. Para essa corrente, sem dúvida mais pragmática, é público todo e qualquer serviço que a Constituição ou as leis afirmem ser público, independentemente de sua natureza.

Existe ainda, mais como registro histórico, uma aceção **subjéctiva** de serviço público, segundo a qual seria público qualquer serviço prestado diretamente pelo Estado.

Em síntese, podemos identificar três distintas aceções de serviço público, a saber:

- a) **Material:** Considera que determinadas atividades, por sua natureza, devem ser consideradas serviço público; seria serviço público toda atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas. É adotada pela escola **essencialista**.
- b) **Subjéctiva:** Considera público qualquer serviço prestado diretamente pelo Estado. Essa concepção entrou em declínio a partir do surgimento das formas de prestação indireta de serviços públicos mediante delegação a pessoas privadas.
- c) **Formal:** Considera serviço público qualquer atividade de oferecimento de utilidade material à coletividade, desde que, por opção do ordenamento jurídico, essa atividade deva ser desenvolvida sob regime de Direito Público. Corresponde à corrente formalista, adotada pelo Brasil.

Portanto, o Brasil, segundo entendimento doutrinário dominante, filia-se à corrente formalista, vale dizer, em nosso País, a atividade em si não permite decidirmos se um serviço é ou não público, uma vez que há atividades essenciais, como a educação, que são exploradas por particulares sem regime

de delegação, e há serviços totalmente dispensáveis, a exemplo das loterias, que são prestados pelo Estado como serviço público.

Segundo o conceito da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”

Mais sintético é o conceito elaborado por Hely Lopes Meirelles, para quem “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

3. COMPETÊNCIA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As três esferas de nossa Federação são competentes para a prestação de serviços públicos, sendo essas competências discriminadas pela Constituição.

As competências atribuídas à União são enumeradas e taxativas, encontrando-se no art. 21.

As competências dos Estados são ditas remanescentes (CF, art. 25, § 1º) e os Municípios possuem as competências relacionadas a seus interesses locais, conforme preceitua o art. 30 da Carta Política.

Ao DF cabe a prestação dos serviços públicos da competência dos Estados e, cumulativamente, dos Municípios (CF, art. 32, § 1º).

Além disso, há as competências comuns, arroladas no art. 23 da CF/88, em que deve haver atuação paralela de todas as esferas de governo.

Alguns serviços públicos de competência exclusiva da União são: serviço postal, de telecomunicações, de energia elétrica, de navegação aérea, de transporte interestadual e internacional etc.

No que tange aos Estados-membros (e ao DF), somente se encontra discriminada a competência para exploração dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º). De resto, a eles pertence a denominada competência remanescente, ou seja, para realização de todos os serviços não atribuídos à União e nem de interesse local dos Municípios.

Por último, como exemplos de serviços públicos explorados pelos Municípios (e DF), temos os serviços de coleta de lixo, de transporte coletivo urbano (art. 30, V), de promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local (art. 30, IX) etc.

4. CLASSIFICAÇÃO

Não existe consenso na doutrina ou na jurisprudência no que concerne à adoção de uma classificação uniforme para os serviços públicos, utilizando como critério sua natureza, especialmente em razão do fato de o Brasil adotar a linha formalista para a definição de serviços como públicos, consoante vimos acima. Apesar disso, em linhas gerais, os autores procuram distinguir serviços propriamente estatais (ou típicos de Estado), como segurança nacional, segurança pública, serviços judiciais, serviços prestados pela Defensoria Pública etc. de outros serviços que, embora públicos, podem ser prestados por entidades de direito privado, ou mesmo por particulares, mediante delegação. Esses últimos serviços costumam ser designados como serviços de utilidade pública.

É comum, ainda, distinguir-se, dentre os serviços públicos não propriamente estatais, os que seriam apenas de utilidade pública e os que seriam essenciais ao interesse público. Serviços essenciais seriam os absolutamente imprescindíveis, como os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, coleta de lixo, saúde etc. Serviços de utilidade pública seriam aqueles teoricamente prescindíveis, como o serviço postal, o serviço de fornecimento de energia elétrica etc.

Consideramos essas classificações insatisfatórias. O conceito de serviço típico de Estado varia imensamente conforme o país e a época. Atualmente, como sabemos, a tendência é estreitar-se cada vez mais o círculo das atribuições consideradas, pelos arautos da administração gerencial, típicas de Estado. Atribuições como manutenção de um sistema de previdência social, anteriormente considerada típica de Estado, atualmente são entendidas, por aqueles arautos, como um fardo prejudicial à eficiência do Estado, plenamente privatizável. Além disso, entendemos difícil aceitar que serviços como o postal, o fornecimento de energia elétrica, educação, possam ser considerados, ainda que teoricamente, prescindíveis.

Apesar dessas críticas, trazemos parte de um julgado do STF (RE 89.876, Rel. Min. Moreira Alves), que versava, indiretamente, a distinção entre tarifas e taxas, em que foi perfilhada uma classificação dos serviços públicos, quanto a sua natureza, como a seguir descrita:

1) Serviços públicos propriamente estatais

São serviços em cuja prestação o Estado atua no exercício de sua soberania. São indelegáveis e só podem ser remunerados por taxa. De regra só podem ser cobrados por sua efetiva utilização. Exemplo típico é o serviço judiciário.

2) Serviços públicos essenciais ao interesse público

São serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa, que incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço, desde que, nesta última hipótese, haja lei que defina o serviço como de utilização compulsória. Exemplo típico é o serviço de coleta domiciliar de lixo.

3) Serviços públicos não essenciais

São, de regra, delegáveis e podem ser remunerados por preço público. Exemplos são o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás etc.

Uma outra classificação, essa sim consensual, adota por critério os destinatários do serviço público. Conforme essa classificação, os serviços podem ser gerais, prestados *uti universi*, ou individuais, prestados *uti singuli*. Assume relevância essa distinção especialmente no âmbito do Direito Tributário, uma vez que somente os serviços prestados *uti singuli* podem ser fato gerador de taxas, ao passo que os serviços *uti universi* não podem ser remunerados por taxas nem por tarifas, devendo ser custeados pelo impostos. São as seguintes as características de cada espécie:

a) serviços gerais ou *uti universi*

Os serviços ditos gerais são prestados a toda coletividade, indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis. Não é possível à Administração identificar separadamente as pessoas beneficiadas por um serviço prestado *uti universi*, não sendo, também, possível mensurar a parcela utilizada por cada um. Os serviços gerais, analisados sob a ótica da utilização por parte do usuário, são ditos indivisíveis, ou seja, não é possível determinar-se quem os utiliza ou quanto é utilizado por cada um.

Exemplos de serviços gerais são o serviço de iluminação pública, de limpeza urbana, de conservação de logradouros públicos, de policiamento urbano, garantia da segurança nacional etc.

b) serviços individuais ou *uti singuli*

Os serviços individuais ou singulares são prestados a um número determinado ou determinável de indivíduos. A Administração sabe a quem presta o serviço e é capaz de mensurar a utilização separada por parte de cada um dos usuários. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, “esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e

satisfaçam as exigências regulamentares”. Tais serviços, sob a ótica da utilização pelo usuário, são ditos divisíveis, ou seja, são passíveis de utilização, separadamente, por cada um dos usuários e essa utilização é mensurável. Podem ser remunerados mediante a cobrança de taxas (regime legal) ou de preços públicos (regime contratual).

São exemplos os serviços de coleta domiciliar de lixo, de fornecimento domiciliar de água, gás, energia elétrica, o serviço postal, telefônico etc.

5. REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE

Em qualquer hipótese, sejam serviços prestados direta ou indiretamente, a regulamentação e o controle dos serviços públicos são sempre atribuições do Poder Público.

O art. 3º da Lei nº 8.987/1995 estabelece que “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”. Esse dispositivo é complementado pelo art. 30, o qual, de forma mais detalhada, estabelece que “no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”. O parágrafo único do mesmo artigo prevê a existência de duas modalidades de fiscalização:

- a) uma fiscalização permanente, nos moldes da ordinariamente prevista para os contratos administrativos em geral, que “será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada”; e
- b) uma fiscalização realizada “periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários” (fiscalização periódica, realizada por uma comissão tripartite).

O art. 22 da mesma Lei assegura a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões e permissões de serviços públicos.

Devemos lembrar que as concessões e permissões de serviços públicos são espécies de contratos administrativos, sujeitando-se, portanto, às cláusulas exorbitantes peculiares a esses contratos, as quais conferem à Administração prerrogativas próprias de Direito Público, como a possibilidade de rescisão unilateral do contrato.

No caso dos serviços públicos, o dever de controle por parte da Administração é ainda mais premente, uma vez que os serviços públicos são regidos

por princípios como o da **adequação**, da **eficiência** e da **continuidade**. Em razão dessas particularidades, a Administração, em face de qualquer falta ou inadequação do serviço, tem o dever de intervir em sua prestação, inclusive mediante ocupação temporária, visando a corrigir as falhas verificadas, ou, em casos mais graves, decretar a caducidade da concessão ou da permissão, assumindo imediatamente seu objeto, para prestação direta ou indireta.

Além do controle pelo Poder Público e pelos usuários, nunca devemos olvidar que, no Brasil, vigora o princípio da inafastabilidade de jurisdição, ou sistema de jurisdição única, não sendo admitido à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Logo, em qualquer situação que implique lesão ou ameaça a direito, inclusive a direitos coletivos, poderá o ato ou fato lesivo ser apreciado pelo Poder Judiciário, mediante a utilização, pelos legitimados, das ações apropriadas, podendo o Judiciário anular os atos que sejam ilegais ou ilegítimos ou ainda determinar, a quem lhes haja dado causa, a reparação dos danos eventualmente suportados pelos usuários ou pela Administração.

Por fim, é oportuno mencionar que a Lei nº 11.196/2005 acrescentou o art. 23-A à Lei nº 8.987/1995, estatuinto que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

6. REQUISITOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Toda a prestação de serviço público deve assegurar aos usuários o que a Lei nº 8.987/1995 denominou serviço adequado (art. 6º). Considera-se adequado o serviço que satisfaça as exigências estabelecidas na Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Como requisitos mínimos para que o serviço seja considerado adequado ao pleno atendimento dos usuários, a Lei estabeleceu a exigência de que ele satisfaça as seguintes condições (princípios):

- 1) regularidade;
- 2) continuidade (também denominada princípio da permanência);

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de **emergência** (neste caso, por óbvio, independentemente de aviso prévio). Também não se considera descontinuidade a interrupção do serviço, **após aviso prévio**, quando:

- (a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e
 - (b) por **inadimplemento do usuário**, considerado o interesse da coletividade.
- 3) eficiência;
 - 4) segurança;
 - 5) atualidade, compreendendo a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço;
 - 6) generalidade;

Deve ser assegurado o atendimento sem discriminação a todos os que se situem na área abrangida pelo serviço, desde que atendam a requisitos gerais e isonômicos. Além disso, deve ser assegurado atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais, como preceitua o art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.074/1995.

- 7) cortesia na prestação;
- 8) modicidade das tarifas.

A remuneração pelo serviço deve ser razoável, vedada a obtenção de lucros extraordinários ou a prática de margens exorbitantes pelas delegatárias. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, § 2º), assunto já estudado quando tratamos dos contratos administrativos.

7. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO USUÁRIO

O art. 7º da Lei nº 8.987/1995 estabelece como direitos dos usuários:

- 1) receber serviço adequado;
- 2) receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- 3) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;
- 4) levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- 5) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

Além disso, as concessionárias de serviços públicos, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de **seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos**.

A Lei estabelece como obrigação dos usuários “contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”.

8. FORMAS E MEIOS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A Administração Pública pode prestar diretamente serviços públicos. Neste caso, os serviços podem ser prestados **centralizadamente**, pela própria Administração Direta, ou **descentralizadamente**, pelas entidades da Administração Indireta. Podem, alternativamente, os serviços públicos ser delegados a particulares, por meio de celebração de contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos (a permissão de serviços públicos implica celebração de contrato de adesão, nos termos do art. 40 da Lei nº 8.987/1995). A prestação de serviços públicos por particulares é, também, modalidade de prestação descentralizada.

Além disso, classificam-se as formas de prestação de serviços públicos em prestação **direta** e prestação **indireta**. Infere-se, do *caput* do art. 175 da Constituição, acima transcrito, que a prestação direta é aquela realizada pela Administração Pública, seja ela Administração Direta ou Administração Indireta. Diversamente, a prestação indireta é a realizada pelos particulares, mediante delegação (a titularidade do serviço permanece, sempre, com o Poder Público), nas modalidades concessão ou permissão de serviços públicos, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação.

A prestação centralizada pela Administração Direta pode ser feita desconcentradamente, quando **órgãos da mesma entidade**, portanto unidades destituídas de personalidade jurídica independente, possuam atribuição de executar aquele serviço.

A desconcentração constitui-se em mera técnica administrativa que visa a tornar mais eficiente a execução de determinada atribuição, uma vez que um órgão é especificamente designado para realizá-la. É possível termos prestação desconcentrada centralizada (realizada por órgãos específicos integrantes da Administração Direta) ou prestação desconcentrada descentralizada (quando o serviço é realizado por setores ou departamentos, especificamente criados para esse fim, integrantes da estrutura de uma entidade da Administração Indireta).

Assim, por exemplo, um Estado-membro pode prestar de forma centralizada e desconcentrada o serviço de conservação de rodovias estaduais, por meio de um órgão subordinado à Secretaria Estadual de Transportes, todos integrantes da Administração Direta estadual. A titularidade desse serviço será do Estado (a titularidade é sempre da Administração Pública) e a prestação será realizada pela Administração Direta, ou seja, será uma prestação direta e centralizada, por meio de um órgão cujas atribuições específicas (desconcentração) incluem a conservação das rodovias estaduais.

Na prestação descentralizada do serviço, esta será sempre feita, mediante **outorga** ou **delegação**, por uma **pessoa jurídica diferente** daquela que representa a Administração Direta competente para a prestação (União, Estado-membro, DF, Município).

Quando a descentralização ocorre mediante **outorga** do serviço, há criação por lei, ou autorização legal para instituição, de uma entidade com personalidade jurídica própria, à qual é atribuída a titularidade da prestação daquele serviço. Esta entidade pode ser uma autarquia, uma empresa pública, uma sociedade de economia mista ou uma fundação pública. Em resumo, a prestação de serviço descentralizada em que o serviço é outorgado à pessoa jurídica é realizada pelas entidades da Administração Indireta.

Deverá ser observado o disposto no inciso XIX do art. 37 da CF, segundo o qual “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

A segunda forma de prestação descentralizada consubstancia-se na **delegação** de um serviço público a particular não integrante da Administração Pública, a qual, como veremos, pode se dar por concessão, permissão ou autorização para prestação do serviço, atendidos os requisitos do art. 175 da CF e da lei.

A prestação de serviços públicos sob regime de delegação deve ser classificada como prestação indireta, uma vez que a titularidade do serviço permanece com o Poder Público delegante, diferentemente do que ocorre nos casos de outorga, acima mencionados.

8.1. Serviço centralizado

Serviço centralizado, ou serviço de prestação centralizada é aquele prestado pela Administração Direta, por meio de seus órgãos e agentes. Na hipótese de prestação centralizada de um serviço verifica-se a coincidência entre o titular desse serviço e a pessoa jurídica prestadora. Comumente, a

prestação centralizada envolve desconcentração, ou seja, criam-se, no âmbito da mesma entidade, órgãos cujas atribuições específicas sejam a prestação de determinado (ou determinados) serviço público. Classifica-se como prestação direta a prestação de serviços centralizados.

No Brasil, são prestados centralizadamente serviços como emissão de passaportes (pelo Departamento de Polícia Federal), expedição de certidões (pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, p. ex.), manutenção e conservação de algumas rodovias federais ou estaduais e outros.

8.2. Serviço descentralizado

Serviço descentralizado ou de prestação descentralizada é aquele prestado por pessoa jurídica diversa da União, dos estados-membros, do DF e dos municípios. As pessoas prestadoras de serviços descentralizados podem ser integrantes da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou particulares.

No caso de serviço prestado por entidades da Administração Indireta, diz-se que há **outorga** do serviço. A outorga será feita pela lei específica que crie ou autorize a criação da entidade; a lei, desde logo, enumera as competências da entidade que está sendo instituída, ou cuja criação está sendo autorizada.

São exemplos de serviços descentralizados prestados por integrantes da Administração Indireta: o serviço de transporte ferroviário urbano prestado pela TRENURB, empresa pública federal, o serviço postal prestado pela ECT, empresa pública federal, os serviços de abastecimento de água prestados por empresas públicas estaduais etc.

A prestação de serviços públicos por particulares é possível por **delegação**. A delegação consiste em transferir ao particular, sempre temporariamente, a incumbência de prestar, mediante remuneração, determinado serviço público. A titularidade do serviço, em qualquer hipótese, permanece sendo do Poder Público, que possui o poder-dever de fiscalização da adequada prestação do serviço, podendo, sempre que verificada alguma falta, nele intervir de diversas formas, inclusive decretando a caducidade da delegação, o que acarreta a reversão do serviço para ele, Poder Público.

A Constituição menciona duas modalidades de delegação de serviços públicos em seu art. 175, a concessão e a permissão. Esses institutos encontram-se detalhadamente disciplinados na Lei nº 8.987/1995. Ao lado dessas modalidades de delegação, existe ainda a possibilidade de prestação de serviços públicos por particulares mediante **autorização**, modalidade de delegação

expressamente prevista no art. 21, XI e XII, da Constituição. Estudaremos, a seguir, cada uma dessas modalidades de delegação.

9. CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: DEFINIÇÕES LEGAIS E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A concessão de serviços públicos é certamente a mais importante forma de delegação de sua prestação e encontra-se regrada pela Lei nº 8.987/1995, com as alterações posteriores. Tal documento representa nossa lei de normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviço públicos, obrigando, portanto, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, sem prejuízo do exercício da competência legislativa suplementar dos entes federados menores, que deverão editar suas leis sobre concessões e permissões, as quais somente não poderão desrespeitar os preceitos que constituam normas gerais, estabelecidos na Lei nº 8.987/1995.

O art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987, assim define as modalidades de delegação objeto de nosso estudo:

- 1) **concessão de serviço público:** a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (observamos que não se admite concessão a pessoas físicas);
- 2) **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública:** a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na **modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;
- 3) **permissão de serviço público:** a delegação, a título **precário**, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (admite-se a permissão a pessoas físicas e, conforme será estudado adiante, é prevista a celebração de um contrato de adesão, que a lei afirma ser passível de “revogação unilateral” pelo poder concedente).

É importante registrar que a Lei nº 9.074/1995 (art. 2º) tornou obrigatória a edição de **lei autorizativa** para a execução indireta de serviços mediante concessão ou permissão, aplicando-se essa exigência à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Ficaram dispensados da autorização legal, para a execução indireta mediante concessão ou permissão, os serviços de saneamento básico e limpeza urbana e os serviços públicos referidos como passíveis de serem prestados indiretamente na Constituição Federal, nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e municípios.

O transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário independe de concessão, permissão ou autorização (art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.074/1995).

Ademais, **independe de concessão ou permissão o transporte** (art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.074/1995):

- 1) aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;
- 2) rodoviário e aquaviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;
- 3) de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

Ao lado das exceções aqui enumeradas, a própria Lei nº 9.074/1995, em seu art. 1º, expressamente autorizou a União a prestar ou realizar indiretamente, mediante concessão ou, se cabível, permissão, os serviços ou obras públicos pertinentes a:

- a) vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;
- b) exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;
- c) estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas; e
- d) os serviços postais.

De resto, a Lei nº 9.074/1995, com as alterações posteriores, disciplina as concessões, permissões e autorizações dos serviços de energia elétrica.

Finalizando este tópico, julgamos oportuno mencionar que a Lei nº 8.987/1995 prevê a possibilidade de as concessionárias e permissionárias de serviços públicos **executarem** até mesmo **desapropriações**, quando isso for necessário para a prestação do serviço público a elas delegado, ou para a realização de obra necessária à respectiva prestação. As disposições constantes da lei são simples, a saber: a **decretação da utilidade** ou da **necessidade pública** é exclusiva atribuição do Poder Público; diferentemente, a execução da desapropriação pode ser encargo do Poder Público ou da concessionária (ou permissionária); se for encargo da concessionária (ou permissionária),

a ela incumbe pagar as indenizações cabíveis (é evidente que isso já terá sido levado em conta na hora de os licitantes formularem suas propostas, na licitação para obtenção da concessão ou permissão, uma vez que deve estar previamente explicitado no edital). São os seguintes os preceitos legais pertinentes:

“Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

.....
XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

.....
Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

.....
VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

.....
Art. 31. Incumbe à concessionária:

.....
VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

.....”

10. LICITAÇÃO PRÉVIA À CONCESSÃO

Conforme previsto no art. 175 da CF, acima transcrito, as concessões ou permissões de serviço público deverão ser precedidas de licitação. A Lei nº 8.987 disciplina as regras específicas pertinentes a tais licitações, aplicando-se, supletivamente, todas as regras da Lei nº 8.666/1993. Significa isso que, não existindo disposição específica, aplicam-se as disposições relativas às licitações e contratos em geral, estabelecidas na Lei nº 8.666/1993.

O art. 14 da Lei nº 8.987 estatui: “Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licita-

ção, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.” Enfatizamos que a modalidade de licitação aplicável às **concessões** de serviços públicos é a **concorrência**.

O art. 15 desta Lei dispõe sobre os critérios de julgamento das licitações em apreço, a saber:

- 1) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- 2) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- 3) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- 4) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- 5) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;
- 6) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;
- 7) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos itens 1, 2 e 6.

O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

A Lei nº 11.196/2005 acrescentou o art. 18-A à Lei nº 8.987/1995, autorizando que o edital estabeleça a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**. Nessa hipótese, os procedimentos previstos são bastante similares aos existentes na modalidade pregão de licitação (mas a modalidade de licitação obrigatória para as licitações prévias às concessões de serviços públicos continua sendo a concorrência, ou seja, mesmo que o edital estabeleça a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, a modalidade de licitação será a concorrência; será uma concorrência peculiar, com habilitação posterior ao julgamento). É a seguinte a redação do art. 18-A da Lei nº 8.987/1995:

“Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.”

11. INTERVENÇÃO NA CONCESSÃO

O art. 32 da Lei traz a hipótese de o poder concedente intervir no serviço quando este esteja sendo inadequadamente prestado. A intervenção é sempre provisória e o prazo de sua duração deverá estar expressamente assinalado no ato que a decreta (a lei não estabelece duração máxima à intervenção). Este ato é um decreto do poder concedente e, além do prazo, deverá determinar os objetivos e limites da intervenção bem como designar o interventor.

Após a decretação da intervenção, o poder concedente tem prazo de 30 dias para instaurar procedimento administrativo visando a comprovar a existência dos motivos que levaram à intervenção e apurar as responsabilidades. O procedimento de comprovação tem prazo de 180 dias para estar concluído, ou a intervenção será considerada inválida.

A intervenção não resulta obrigatoriamente na extinção da concessão. Se não for o caso de extinção, cessada a intervenção a administração do serviço será devolvida à concessionária.

12. EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

Diversos motivos podem acarretar a extinção da concessão, como veremos adiante. De toda forma, **não existem concessões ou permissões por prazo indeterminado.**

Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

A Lei enumera, no art. 35, seis causas de extinção da concessão. São elas:

1) Advento do termo contratual (**reversão**):

Corresponde ao término regular do contrato por haver sido atingido o prazo de sua duração (não há concessões por prazo indeterminado – art. 23, I). Essa causa é denominada pela doutrina de **reversão**.

Com o advento do termo contratual, retornam à Administração os bens de sua propriedade e os bens vinculados ao serviço que se encontravam em posse do concessionário. Tais bens, ditos bens reversíveis, pois, extinta a concessão, reverterem ao Poder Concedente, devem estar especificados no contrato de concessão, sendo esta uma das cláusulas essenciais do contrato (art. 23, X).

De qualquer forma, os investimentos que o concessionário houver realizado nos bens reversíveis e ainda não tenham sido inteiramente depreciados ou amortizados, serão a ele indenizados pelas parcelas restantes, uma vez que o concessionário deve investir até o fim do contrato com vistas a assegurar a continuidade e a atualidade do serviço concedido (art. 36).

Pretende-se evitar que a prestação do serviço se deteriore nos últimos anos do contrato, pois a concessionária evitaria investir em algo que soubesse que não lhe seria indenizado por ocasião da reversão dos bens vinculados ao serviço.

O poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária.

2) encampação:

Esta causa de extinção da concessão verifica-se na hipótese de **interesse público superveniente** à concessão tornar mais conveniente a prestação do serviço pelo próprio Poder Público, diretamente.

O art. 37 da Lei nº 8.987 conceitua encampação como “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

Verificamos que a Lei restringiu muitíssimo a possibilidade de encampação do serviço em relação à disciplina anterior do instituto. Atualmente, compete ao **Poder Legislativo** determinar a existência de interesse público superveniente e não mais ao Chefe do Poder Executivo.

Exige-se, ainda, **indenização prévia** das parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos que tenham sido realizados nos bens reversíveis com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Observa-se que a lei **em nenhuma hipótese** prevê indenização a título de **lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que a concessionária teria com a execução do contrato até o termo final).

3) caducidade:

Extingue-se a concessão por caducidade sempre que houver **inadimplemento ou adimplemento defeituoso** por parte da concessionária. Antes de instaurar-se o processo administrativo de inadimplência, em que deve ser evidentemente assegurado à concessionária contraditório e ampla defesa, é necessário comunicar a ela os descumprimentos contratuais que serão objeto do processo administrativo, dando-lhe um prazo para corrigi-los.

Se não ocorrer a correção, o processo administrativo será instaurado e, se comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por **decreto** do poder concedente. Deve-se registrar que, como regra, a decretação da caducidade da concessão é feita a critério do poder concedente, que, alternativamente, poderá aplicar ao inadimplente outras sanções, previstas no contrato.

A indenização, no caso de decretação de caducidade é também devida. Devem ser indenizadas as parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos realizados nos bens reversíveis com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. Na hipótese de caducidade, não há necessidade de que a indenização seja prévia. A Lei diz que a indenização será calculada no decurso do processo. Além disso, do montante a ser indenizado devem ser descontados as multas contratuais e o valor dos danos causados pela concessionária.

Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária (art. 38, § 6º).

As hipóteses que ensejam, a critério da Administração, a decretação de caducidade encontram-se no art. 38 da Lei. A caducidade poderá ser decretada quando:

- a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- b) a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

- c) a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- d) a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- e) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- f) a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- g) a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

Além dessas situações, enumeradas no art. 38 da Lei nº 8.987/1995, todas elas hipóteses de decretação **discricionária** de caducidade, temos a previsão, no art. 27 da Lei, de conduta que enseja a decretação obrigatória da caducidade, portanto, como ato vinculado. Nos termos do citado art. 27, “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente **implicará** a caducidade da concessão” (grifamos).

Faz-se oportuno, por fim, mencionar o disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 9.074/1995, do qual consta outra previsão de decretação de caducidade. O inciso III do *caput* desse artigo prescreve: “Exceto para os serviços públicos de telecomunicações, é a União autorizada a cobrar, pelo direito de exploração de serviços públicos, nas condições preestabelecidas no edital de licitação.” O mesmo artigo, em seu parágrafo único, estatui: “O inadimplemento do disposto no inciso III sujeitará o concessionário à aplicação da pena de caducidade, nos termos do disposto na Lei nº 8.987, de 1995”. Pensamos tratar-se de hipótese de decretação discricionária, uma vez que estar **sujeito** à “aplicação da pena de caducidade” não significa que ela obrigatoriamente deva ser aplicada. Além disso, parece-nos mais acertado considerar que o dispositivo da Lei nº 9.074/1995, ao usar a expressão “nos termos do disposto na Lei nº 8.987, de 1995”, reporta-se ao art. 38 da Lei nº 8.987/1995, no qual estão as normas gerais sobre caducidade. Nesse art. 38, está dito que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais”, ou seja, a regra é a caducidade discricionária (o mesmo dispositivo faz a ressalva à situação aludida no art. 27 da Lei nº 8.987/1995, acima explicada, em que a caducidade é vinculada).

4) rescisão:

A rescisão tratada na Lei nº 8.987/1995 é somente a rescisão por iniciativa da concessionária. Provavelmente porque a hipótese de extinção da concessão

por iniciativa do poder concedente, em razão de inadimplemento ou adimplemento defeituoso com culpa da concessionária, foi denominada caducidade pela Lei (os termos rescisão e caducidade aparecem, também, embora sem ser definidos, no art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição).

Segundo a Lei, a rescisão por iniciativa da concessionária deve decorrer de descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente. É, entretanto, necessário que a concessionária entre com uma ação judicial específica para esse fim e a concessionária não pode interromper ou paralisar o serviço até o trânsito em julgado da sentença que reconheça a inadimplência contratual da Administração. Observamos que, no caso dos serviços públicos, o **princípio da continuidade** assume grande importância, a ponto de tornar extremamente rígida a regra da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

5) anulação:

A hipótese de anulação da concessão como forma de sua extinção está prevista no inciso V do art. 35 e decorre de **ilegalidade** da licitação prévia à concessão ou do contrato e acarretará a responsabilização de quem houver dado causa à ilegalidade.

6) **falência ou extinção da empresa concessionária** e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

13. SUBCONCESSÃO

As concessões de serviços públicos, como todos os contratos administrativos são, em princípio, celebradas *intuitu personae*, ou seja, o contrato é pessoal, levando em consideração não apenas a melhor proposta oferecida à Administração, mas também características da pessoa jurídica que assegurem estar ela capacitada para a adequada execução do objeto do contrato. Tanto assim é que, falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual, acarretam a extinção da concessão, conforme vimos acima.

A característica de pessoalidade dos contratos de concessão de serviço público é evidenciada pelo disposto no art. 25 da Lei nº 8.987, segundo o qual “incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade”.

Não obstante, a lei permite que a concessionária, sem que isso afaste sua responsabilidade, contrate com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados (art. 25, § 1º). A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido (art. 25, § 3º). Esses contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros serão inteiramente regidos pelo Direito Privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente (art. 25, § 2º).

Quando estudamos contratos administrativos, vimos que, embora eles sejam celebrados *intuitu personae*, a Lei nº 8.666/1993 admitia a subcontratação parcial, se isso estivesse previsto no edital da licitação e no contrato e fosse expressamente autorizado, em cada caso, pela Administração, que deveria estabelecer os limites das partes do objeto do contrato a ser subcontratadas.

Pois bem, o art. 26 da Lei nº 8.987/1995 admite a **subconcessão** de serviços públicos, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. A subconcessão, entretanto, **será sempre precedida de concorrência**.

O subconcessionário sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Como já mencionamos, a subconcessão sem prévia autorização do poder concedente acarreta decretação de caducidade da concessão. Também acarreta caducidade a transferência do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente.

Para obtenção da autorização para subconcessão ou transferência de controle, o pretendente à subconcessão, ou a futura controladora, deverá:

- a) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
- b) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Com efeito, o *caput*, do art. 27, da Lei nº 8.987/1995 estatui que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente **implicará** a caducidade da concessão” (grifamos). O § 1º desse mesmo art. 27 exige, para a obtenção da anuência do poder concedente, que a pessoa que pretenda receber a concessão ou assumir o controle da concessionária comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, além de satisfazer às exigências

de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

A Lei nº 11.196/2005 acrescentou os parágrafos 2º, 3º e 4º ao art. 27 da Lei nº 8.987/1995 (o atual parágrafo primeiro era, antes, o parágrafo único), tratando da hipótese em que a concessionária enfrente dificuldades e necessite ter o controle assumido pelos seus financiadores para promover sua reestruturação financeira. Em tal situação, o poder concedente **autorizará** a assunção do controle da concessionária por seus financiadores, nas condições estabelecidas no contrato de concessão, desde que os financiadores comprometam-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor e atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal (mas não obrigatoriamente às de capacidade técnica e de idoneidade financeira). Ocorrendo a assunção do controle, as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente permanecem inalteradas.

Transcrevemos, abaixo, a íntegra do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005:

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá:

I – atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II – comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.”

14. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas (PPP) são modalidades específicas de **contratos de concessão**, instituídas e reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004. Essa é uma lei de normas gerais, por isso, conforme preceitua o art. 1º, seu âmbito de aplicação abrange os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As PPP têm como objetivo atrair o setor privado, nacional e estrangeiro, para investimentos em projetos de infra-estrutura de grande vulto, urgentemente necessários ao desenvolvimento do País, cujos recursos envolvidos exorbitam, de forma ingente, a capacidade financeira do setor público.

O principal estratégia para atrair esses investimentos é, simplificada, assegurar ao denominado “parceiro privado” um retorno mínimo sobre o capital investido. Esse “retorno mínimo” é assegurado por uma “contraprestação” paga ao investidor privado pela Administração (“parceiro público”).

Para os que as defendem, as PPP são a única forma – uma espécie de “última esperança” – de serem realizados no Brasil os investimentos em infra-estrutura imprescindíveis ao seu crescimento; para os que condenam sua concepção, trata-se de “capitalismo sem risco”, em que a empresa privada, ou ganha com o retorno do empreendimento, ou ganha com a garantia dada pelo Poder Público (ou com ambos).

Além disso, os críticos desse modelo de contratação afirmam que ele, potencialmente, origina despesas de longo prazo, sem possibilidade de serem calculadas com um mínimo de segurança, representando seriíssimo risco ao esforço de obtenção de equilíbrio fiscal que, desde o início dos anos 90, vem sendo suportado pelo povo brasileiro com sacrifício cuja descrição, possível fosse, cobriria de palor os mais acerbos qualificativos.

Na tentativa de evitar o último problema apontado, a Lei estabeleceu um limite global de despesas previstas com PPP pela União, calculado sobre sua receita corrente líquida. Segundo o art. 22 da Lei nº 11.079/2004, a União ficará impedida de celebrar futuras PPP quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por ela tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício. Também ficará impedida de contratar novas PPP se as despesas anuais das PPP federais vigentes excederem, nos 10 (dez) anos subseqüentes, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Coerente com essa regra, e com o mesmo intuito – evitar desequilíbrios fiscais decorrentes dos gastos públicos com as PPP –, o art. 28 da Lei nº 11.079/2004 estabelece: “A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.”

Encampando as lições da doutrina administrativista dominante, a Lei nº 11.079/2004, no seu art. 4º, inciso III, explicita não serem passíveis de delegação, no âmbito das PPP, as funções de regulação, jurisdicional, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado. Trata-se de dispositivo visivelmente inserido por excesso de cautela contra eventuais arroubos liberalizantes de administradores de qualquer das esferas da Federação. Dizemos “excesso de cautela” porque, para nós, afigura-se aberração fora do campo possível das mais radicalmente liberais lucubrações delegar, a quem quer que seja, por exemplo, a função jurisdicional. O preceito é útil, de toda forma, quando menos não seja, para esclarecer que regulação e poder de polícia são atividades exclusivas de Estado.

Especificamente para a União, está prevista, no art. 14 da Lei nº 11.079/2004, a criação, por decreto, de um órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar a abertura da licitação, aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos. Esse dispositivo está regulamentado no Decreto nº 5.385, de 04.03.2005, com a redação dada pelo Decreto nº 6.037, de 07.02.2007.

Esse órgão gestor deve remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de PPP (art. 14, § 5º).

Ainda no âmbito federal, a Lei nº 11.079/2004 atribui competência aos ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP.

Voltando às regras gerais, cabe registrar que as **concessões comuns** continuam regidas pela Lei nº 8.987/1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto na Lei nº 11.079/2004. Da mesma forma, continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/1993, e pelas leis que lhe são correlatas, os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum ou PPP.

A Lei define duas espécies de PPP, a saber (art. 2º):

- a) **Concessão patrocinada:** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas descrita na Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, **contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.**
- b) **Concessão administrativa:** é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Não constitui PPP a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando **não** envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A regra exposta no parágrafo precedente encontra-se no § 3º do art. 2º, e se aplica a ambas as espécies de PPP. Em nossa opinião, não é fácil visualizar o funcionamento da modalidade denominada “**concessão administrativa**”. É certo que se trata de concessão, não só pelo nome, mas porque o *caput* do art. 2º categoricamente afirma que as PPP são contratos de concessão. Todavia, na “concessão administrativa”, a Administração é usuária de serviços prestados pelo parceiro privado. Note-se que a definição legal não é explícita quanto à natureza do serviço prestado pelo parceiro privado à Administração, vale dizer, não está dito que o objeto da “concessão administrativa” seja prestação de **serviço público**. Além disso, não logramos compreender, com exatidão, o significado de “usuário indireto”. Seja como for, em qualquer modalidade de PPP haverá uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (é possível que na “concessão administrativa” essa contraprestação pecuniária seja simplesmente o pagamento pelos serviços prestados à Administração).

Na opinião da Profª. Maria Sylvia Di Pietro, não é cabível a cobrança de tarifa na **concessão administrativa**, mas “não há impedimento a que o concessionário receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados”. Quanto ao objeto da **concessão administrativa**, entende a eminente professora que tanto pode ser a prestação de um serviço à Administração (não um serviço público), quanto a prestação de um serviço público, hipótese em que a Administração será a “usuária indireta”. Essa situação – a concessionária prestar um serviço público sendo remunerada pela Administração – seria verificada em situações nas quais não se pudesse cobrar tarifas dos usuários dos serviços públicos.

Portanto, a Profª. Maria Sylvia, frisando que as PPP não podem ter como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação

de equipamentos ou a execução de obra pública, entende que “a concessão administrativa terá ou poderá ter por objeto a prestação de serviço público”. Nessas hipóteses – de prestação de serviço público pela concessionária na **concessão administrativa** – a Administração seria aquilo que a lei chama de “usuária indireta”. Para ela, “quando se fala em usuária indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (como os estudantes de uma escola pública, os pacientes de um hospital público etc.)”. Ilustra bem a autora essas idéias nesta passagem:

“Por exemplo, a parceria público-privada não poderá ter por objeto só a construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei no 8.666; após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta; a idéia bastante provável é a de que deverá haver a gestão do serviço pelo parceiro privado.”

As “**concessões patrocinadas**” em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de **autorização legislativa específica** (art. 10, § 3º), o que configura, a toda evidência, mais uma medida voltada à redução do risco de desequilíbrio fiscal decorrente das despesas públicas relacionadas à celebração das PPP.

É vedada a celebração de PPP (art. 2º, § 4º):

- 1) cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- 2) cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos (o período máximo é de 35 anos); ou
- 3) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

É pertinente, aqui, apontar mais uma aparente contradição. Conforme visto acima, concessão patrocinada é definida como tendo por objeto “concessão de serviços públicos ou de obras públicas”. Ora, se é vedada a celebração de PPP que tenha por objeto único a “execução de obra pública”, não se logra vislumbrar uma concessão patrocinada que pudesse ter por objeto, como dá a entender a sua definição legal, a concessão de obras públicas. Portanto, a nosso ver, o legislador deve ter pretendido definir concessão patrocinada não

como “concessão de serviços públicos ou de obras públicas”, mas sim como “concessão de serviços públicos ou de serviços públicos e obras públicas”.

Os contratos de PPP devem conter, além dos elementos constantes dos contratos de concessão comum, previstos no art. 23 da lei nº 8.987/1995, dentre outras, as seguintes cláusulas:

- a) o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;
- b) a **repartição de riscos** entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- c) os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
- d) a prestação, pelo parceiro privado, de **garantias** de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, limitadas a até 10% do valor do contrato, observando-se que, além desse limite, nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor das garantias deverá ser acrescido o valor desses bens; ainda, no caso de **concessão patrocinada** que envolva a execução de obra pública, as garantias exigidas para essa parte específica do contrato são limitadas ao valor da obra;
- e) a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público **reter os pagamentos** ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por (art. 6º):

- 1) ordem bancária;
- 2) cessão de créditos não tributários;
- 3) outorga de direitos em face da Administração Pública;
- 4) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- 5) outros meios admitidos em lei.

A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (art. 7º).

As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante (art. 8º):

- 1) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal (o art. 167, inciso IV, veda a vinculação de receitas de

impostos a fundo, órgão ou despesa, ressalvadas unicamente as hipóteses previstas na própria Constituição);

- 2) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- 3) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- 4) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- 5) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- 6) outros mecanismos admitidos em lei.

Deflui do art. 11, parágrafo único, que **não** é obrigatória a previsão de que sejam concedidas garantias da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída **sociedade de propósito específico**, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9º). A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado, e deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento. É vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de propósito específico, exceto na hipótese de aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público, aquisição esta decorrente de inadimplemento de contratos de financiamento.

14.1. Licitação prévia à contratação de parcerias público-privadas

A contratação de PPP será precedida de licitação na modalidade de **concorrência**.

A abertura do procedimento licitatório é condicionada a que o objeto da PPP esteja previsto no **plano plurianual** em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

A minuta do edital e do contrato deve ser submetida à **consulta pública**, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital.

É interessante registrar que nas licitações para a celebração de PPP e nas licitações para **concessão comum e permissão de serviços públicos ou uso de bem público**, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo **podem participar**, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução das obras ou serviços (Lei nº 9.074/1995, art. 31, aplicável às PPP por determinação do art. 3º, e seu § 1º, da Lei nº 11.079/2004, regulamentado pelo Decreto nº 5.977/2006).

A regra acima difere da existente para os contratos administrativos em geral, prevista no art. 9º, incisos I e II, e § 1º, da Lei nº 8.666/1993, segundo a qual “**não** poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica”, **nem** “empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado”. Para os contratos administrativos em geral admite-se, somente, a contratação dessa empresa ou consórcio, ou do autor do projeto básico ou executivo, “como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada”.

Pode ser exigida **garantia dos licitantes**, até o limite de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

O **julgamento** da licitação poderá adotar como **critérios** (art. 12, II):

- 1) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- 2) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- 3) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- 4) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Embora, como acima visto, a licitação seja **sempre na modalidade concorrência**, a Lei nº 11.079/2004 traz algumas inovações ao procedimento licitatório, possibilitando que o edital inclua regras similares às aplicáveis ao pregão. Assim, pode ser adotada a sistemática de apresentação de propostas escritas, seguidas de **lances em viva voz**. O edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

É autorizado, também, no art. 13, que o edital estabeleça a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**. Nessa hipótese, os pro-

cedimentos, similares aos previstos para o pregão (mas não se olvide que a modalidade de licitação, não obstante essas peculiaridades previstas na Lei nº 11.079/2004, é a **concorrência**), serão os seguintes:

- I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
- II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
- III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
- IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

14.2. Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP

Dentre as regras especificamente aplicáveis à União, a Lei nº 11.079/2004 prevê a criação do denominado Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP). Vimos precedentemente que a Lei, no seu art. 8º, arrola como um dos instrumentos passíveis de ser utilizados para a prestação de garantias ao parceiro privado pelo parceiro público a instituição de fundo garantidor.

Pois bem, a própria Lei já autoriza, no seu art. 16, a União, suas autarquias e fundações públicas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em FGP destinado a garantir o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais nas PPP que venham a ser celebradas nessa esfera. Segundo a Lei, o FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios (art. 16, § 1º).

O FGP deve ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por **instituição financeira** controlada, direta ou indiretamente, pela União (art. 17).

A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial (art. 16, § 4º). A integralização com bens será feita **independentemente de licitação**, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda (art. 16, § 6º). É admi-

tido, inclusive, o aporte de bens públicos de uso especial ou de uso comum ao FGP, desde que o Poder Público proceda à sua **desafetação** de forma individualizada (art. 16, § 7º).

A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas do FGP. Dentre as modalidades previstas, citamos (art. 18, § 1º): (a) fiança, sem benefício de ordem para o fiador; (b) penhor de bens móveis ou de direitos do FGP; (c) hipoteca de bens imóveis do FGP; (d) garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.¹

No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível **aceito** e não pago pelo parceiro público, a garantia prestada pelo FGP poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento. Já no caso de débitos constantes de faturas emitidas e **ainda não aceitas** pelo parceiro público, a garantia prestada pelo FGP só pode ser executada depois de transcorridos mais de 90 (noventa) dias do vencimento da fatura, e desde que não tenha havido rejeição expressa dessa fatura, pelo parceiro público, por **ato motivado**.

A quitação de débito pelo FGP importará sua sub-rogação nos direitos do parceiro privado, ou seja, o FGP passará a ser o titular do direito de cobrança desse débito contra o parceiro público inadimplente.

15. PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A permissão costuma ser definida pela doutrina como ato administrativo negocial, portanto unilateral, discricionário e precário por meio do qual a Administração facultava ao particular o uso especial de um determinado bem público ou a prestação de um serviço de utilidade pública em que houvesse, concomitantemente, interesse do particular permissionário.

A conceituação de permissão como ato unilateral não mais é admissível em se tratando de permissão de **serviços públicos**.

¹ Convém, ainda, registrar o disposto no art. 21 da Lei nº 11.079/2004, abaixo transcrito: “Art. 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.”

A CF/88, em seu art. 175, já exigia licitação prévia para a delegação de serviços públicos, fosse por meio de concessão ou de permissão. Com o advento da Lei nº 8.987/1995, **restou expressamente sepultada a possibilidade de permissão de serviços públicos ser efetuada por ato unilateral.**

Atualmente, podemos falar em permissão como ato administrativo unilateral no caso de permissão de uso de bem público. Entretanto, para a delegação da prestação de **serviço público** mediante permissão a lei exige celebração de um **contrato de adesão**, embora, estranhamente, continue afirmando a precariedade e revogabilidade unilateral do contrato (o que, no mínimo, parece um absurdo terminológico, uma vez que revogação somente se aplica a ato unilateral, e não a contrato, o qual deveria ser objeto de rescisão).

De qualquer forma, como nossa fonte principal deve ser a lei, devemos considerar que permissão de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV).

Ainda, a Lei nº 8.987, no que respeita às permissões, afirma que elas serão formalizadas mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à **precariedade** e à **revogabilidade unilateral** do contrato pelo poder concedente (art. 40).

Para finalizarmos, é fundamental observar o disposto no parágrafo único do art. 40 da Lei nº 8.987. Diz o citado preceito que “aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”.

Ora, como a Lei nº 8.987 dispõe detalhadamente sobre concessões de serviços públicos, parece que o parágrafo único do art. 40 acabou afirmando que “aplica-se às permissões o disposto para as concessões”.

Embora esteja obviamente implícita no dispositivo uma cláusula “no que couber”, muita dificuldade há para identificarmos o que cabe e o que não cabe, ou seja, quais adaptações devem ser feitas ao regramento das concessões quando formos aplicá-lo às permissões. A verdade é que a Lei quase nada disciplinou sobre as permissões e tampouco ofereceu critérios fidedignos para que apontemos com segurança as diferenças entre os regimes jurídicos de ambos os institutos.

16. SERVIÇOS AUTORIZADOS

A autorização de serviços públicos é, hoje, a única forma de delegação de prestação que **não exige licitação e não depende de celebração de contrato.**

Em verdade, a possibilidade de autorização – tradicionalmente descrita pela doutrina como **ato administrativo discricionário e precário** – para a delegação, a particulares, da prestação de serviços públicos, não está expressamente prevista no art. 175 da CF/88. Contrariamente, a redação desse dispositivo, isoladamente considerada, transmite a impressão de que as únicas possibilidades de delegação de serviços públicos seriam a concessão e a permissão, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação.

Da mesma forma, a autorização de serviços não foi disciplinada na Lei nº 8.987/1995.

É nos incisos XI e XII do art. 21 da CF/88 que encontramos a principal base constitucional para a utilização do instituto da autorização de serviços públicos. Estes dispositivos, expressamente atribuem à União a competência para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” os serviços que ali enumeram.

De acordo com a doutrina e com a legislação que dispõe sobre autorizações, como o Decreto nº 2.521/1998, o serviço autorizado é aquele que o Poder Público, mediante **ato unilateral, discricionário e precário**, denominado termo de autorização, consente seja executado por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. O uso das autorizações, segundo a doutrina clássica, deve sempre ser bastante restrito e limitado às situações previstas na legislação pertinente pois, caso contrário, representaria uma burla à exigência de licitação para prestação indireta de serviços públicos.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a modalidade de serviços autorizados é adequada para todos aqueles que não exigem execução pela própria Administração, nem exigem grande especialização, como é o caso dos serviços de táxi, de despachantes, de segurança particular de residências ou estabelecimentos etc.

O Decreto nº 2.521/1998 prevê a exploração, mediante permissão ou autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

A Lei nº 9.074/1995 e a Lei nº 9.427/1996 (que instituiu a ANEEL) também mencionam a possibilidade de autorização de serviço público, para a produção de energia elétrica pelos denominados “produtores independentes de energia elétrica”. Essas leis, entretanto, não se referem expressamente à natureza jurídica dos atos de autorização nelas previstos.

Ainda exemplificando, o art. 223 da CF fala em “outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Os serviços autorizados estão sujeitos a modificação ou revogação sumária do ato autorizativo, dada sua precariedade característica. De regra, não haverá

direito à indenização para o particular que tenha sua autorização revogada. O cometimento de irregularidades ou faltas pelo autorizatário enseja aplicação de sanções pela Administração, inclusive a cassação da autorização.

Deve-se ressaltar, entretanto, que esse entendimento doutrinário tradicional (e mesmo da legislação existente até a década de 90) choca-se com o disposto na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). Essa Lei, com base no art. 21, XI, da Constituição, introduziu em nosso ordenamento a possibilidade de exploração de serviços de telecomunicações em regime privado² e estabeleceu que, nesse caso, a exploração dependeria de autorização,

² Deve-se observar que a prestação de determinado serviço em regime privado, de acordo com a escola formalista, impede sua classificação como serviço público. Entendemos que a previsão na Lei nº 9.472/1997 (LGT) da prestação de serviços de telecomunicações em regime privado não permite afirmar que o Brasil abandonou a classificação formalista de serviços públicos. Tanto assim é que as principais características dos serviços públicos em geral não estão presentes nos serviços de telecomunicações prestados em regime privado. No máximo, essa prestação de serviços de telecomunicações em regime privado poderia ser considerada uma exceção, mesmo assim extremamente específica e restrita, abrangendo somente alguns dos serviços de telecomunicações, exatamente aqueles que não são de interesse público geral. São as seguintes as características da prestação de serviços de telecomunicações em regime privado, de acordo com a Lei nº 9.472/1997 (LGT):

– Os serviços de telecomunicações classificados pela LGT como de interesse restrito são obrigatoriamente prestados sob o regime privado. A prestação em regime privado não implica dever de universalização, nem de continuidade;

– A prestação em regime privado será feita mediante prévia autorização da ANATEL (a relação jurídica é não-contratual). A agência, entretanto, poderá definir casos em que a autorização não seja exigida (a prestadora de serviço que independa de autorização apenas comunicará previamente à agência o início de suas atividades). Cabe registrar que a LGT diretamente estabelece que “independentemente de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a agência” (art. 75);

– A autorização, como regra, não será precedida de licitação. Somente haverá licitação quando for necessária a limitação do número de prestadoras, nos casos mencionados no item seguinte;

– A prestação em regime privado, como regra geral, deve ser de livre exploração e orientada pela livre concorrência. Por isso, a LGT determina que nenhuma autorização seja negada, salvo por motivo relevante. Pela mesma razão, não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (art. 136);

– Como regra, o preço dos serviços será livre, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria (art. 129). A prestadora não conta com qualquer garantia de “manutenção de equilíbrio econômico-financeiro” das condições existentes na época da obtenção da autorização;

– A prestação de serviço público em regime privado relaciona-se à idéia de não-intervenção do Estado na economia e integra um debate maior, especialmente importante nos Estados Unidos, sobre as vantagens e a viabilidade da desregulação ou da auto-regulação, ao menos parciais, de determinados setores ou serviços. Pretende-se que, sempre que for possível, o Estado deva deixar o próprio mercado, por meio da livre competição, promover a adequação do serviço às necessidades da sociedade e do país. No caso da auto-regulação, a adequação dos serviços seria assegurada não pelo mercado (ou não somente

a qual seria um ato vinculado. Portanto, nos termos da LGT, a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado seria um direito subjetivo de todo e qualquer particular que atenda às condições expressas na Lei. É o seguinte o teor do art. 131, § 1º, da LGT:

“§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.”

Não é difícil perceber, como registra a Professora Maria Sylvia Di Pietro, que a autorização foi descrita pela LGT com todas as características do ato que, no direito administrativo brasileiro, costuma ser definido como licença. A licença é concedida exatamente quando o administrado tem um direito subjetivo e, para exercê-lo, necessita apenas cumprir as condições impostas pelo poder público visando a evitar lesão ao bem-estar da coletividade. Satisfeitas as condições, não há margem de escolha para a Administração: a licença deve ser concedida. Em outras palavras, a licença é o ato vinculado que possibilita a todo particular que preencha os requisitos legais o exercício do direito a que ela se refere.

Em nossa opinião, o legislador optou por não utilizar o termo “licença” pelo simples fato de a Constituição expressamente referir-se à “autorização”. Pretendia-se instituir um verdadeiro direito subjetivo em favor de todos aqueles que desejassem prestar serviços de telecomunicações em regime privado, bastando que, simplesmente, satisfizessem as condições legais para tanto. Ocorre que esse objetivo não se coadunava com a utilização de um ato administrativo discricionário e precário, como sempre foram descritas, pela doutrina, pela jurisprudência e pelas leis, as autorizações. Criou-se, então, essa nova modalidade de autorização, ato vinculado. Alguns autores entendem que a LGT tentou burlar a Constituição ao assim proceder e que essa previsão de uma verdadeira “licença” para a exploração de serviços de telecomunicações em regime privado seria inconstitucional. Não existe, até hoje, pronunciamento do STF sobre o assunto, mas somos de opinião de que a tendência será a aceitação dessa nova modalidade de autorização pelo nosso Poder Judiciário. Enquanto a LGT for vigente e considerada válida, devemos aceitar essa exceção ao conceito tradicional de autorização de serviço público, conceito que, de toda forma, permanece válido para os demais casos em que não exista disposição legal expressa em contrário.

pelo mercado), mas pelos próprios agentes econômicos atuantes no setor, como ocorre, no Brasil, entre as redes de televisão aberta.

Capítulo 12

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. CONCEITO

A responsabilidade civil, também denominada responsabilidade extracontratual, tem sua origem no Direito Civil. Consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano. É modalidade de obrigação extracontratual e, no direito privado, a regra geral é a necessidade de estarem presentes os seguintes elementos:

- (1) uma atuação lesiva culposa ou dolosa do agente; a regra geral no direito privado é a exigência de caracterização de culpa em sentido amplo na conduta; a culpa em sentido amplo a abrange o dolo (intenção) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia);
- (2) a ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e
- (3) o nexo de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, o que significa ser necessário que o dano efetivamente haja decorrido da ação do agente (ou de sua omissão ilícita, se fosse o caso de o agente ter o dever de agir).

No âmbito do Direito Público, temos que a responsabilidade civil da Administração Pública evidencia-se na obrigação que tem o Estado de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus agentes, atuando em seu nome, ou seja, na qualidade de agentes públicos, causem à esfera juridicamente tutelada dos particulares. Traduz-se, pois, na obrigação de reparar economicamente danos patrimoniais, e com tal reparação se exaure.

Não se confunde a responsabilidade civil com as responsabilidades administrativa e penal, sendo estas três esferas de responsabilização, de regra, independentes entre si e podendo as sanções correspondentes ser aplicadas separada ou cumulativamente conforme as circunstâncias de cada caso. A responsabilidade penal, como consabido, resulta da prática de crimes ou contravenções tipificados em lei prévia ao ato. Já a responsabilidade administrativa decorre de infração, pelos agentes da Administração, das leis e regulamentos administrativos que regem seus atos e condutas.

2. EVOLUÇÃO

A evolução da responsabilidade do Estado passou, basicamente, pelas seguintes fases:

2.1. Irresponsabilidade do Estado

A teoria da não responsabilização do Estado ante os atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares assumiu sua maior notoriedade sob os regimes absolutistas. Baseava-se esta teoria na idéia de que não era possível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros, tese consubstanciada na parêmia *“the king can do no wrong”*, conforme os ingleses, ou *“le roi ne peut mal faire”*, segundo os franceses.

Os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, portanto, ser responsabilizados por seus atos, ou melhor, seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos. Desnecessário comentar que esta doutrina somente possui valor histórico, encontrando-se inteiramente superada, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, últimos países a abandoná-la.

2.2. Responsabilidade com culpa civil comum do Estado (subjativa)

Esta doutrina, influenciada pelo individualismo característico do liberalismo, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que existe tal obrigação para os indivíduos.

Assim, como o Estado atua por meio de seus agentes, somente existia obrigação de indenizar quando estes, os agentes, tivessem agido com culpa

ou dolo, cabendo, evidentemente, ao particular prejudicado o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos.

2.3. Teoria da culpa administrativa

A Teoria da Culpa Administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais.

Segundo a Teoria da Culpa Administrativa, o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a existência de falta do serviço. Não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço, falta essa objetivamente considerada.

A tese subjacente é que somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade administrativa ensejaria indenização ao particular, ou seja, exige-se também uma espécie de culpa, mas não culpa subjetiva do agente, e sim uma culpa especial da Administração à qual convencionou-se chamar culpa administrativa ou culpa anônima.

A culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

2.4. Teoria do risco administrativo

Pela Teoria do Risco Administrativo surge a obrigação econômica de reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da existência de falta do serviço e muito menos de culpa do agente público. Basta que exista o dano, sem que para ele tenha concorrido o particular.

Resumidamente, existindo o fato do serviço e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da Administração. Compete a esta, para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar, se for o caso, existência de culpa exclusiva do particular ou, se comprovar culpa concorrente, terá atenuada sua obrigação. O que importa, em qualquer caso, é que o ônus da prova de culpa do particular, se existente, cabe sempre à Administração.

2.5. Teoria do risco integral

Vimos que na Teoria do Risco Administrativo dispensa-se a prova da culpa da Administração, mas permite-se que esta venha a comprovar a culpa

da vítima para fim de atenuar (se recíproca) ou excluir (se integralmente do particular) a indenização.

Em outras palavras: não significa a **Teoria do Risco Administrativo** que a Administração, inexoravelmente, tenha a obrigação de indenizar o particular; apenas fica dispensada, a vítima, da necessidade de comprovar a culpa da Administração. Por exemplo, havendo um acidente entre um veículo conduzido por um agente público e um particular, não necessariamente haverá indenização integral, ou mesmo parcial, por parte da Administração. Pode ser que a Administração consiga provar que tenha havido culpa recíproca dos dois condutores (hipótese em que a indenização será atenuada, “repartida” entre as partes) ou mesmo que a culpa tenha sido exclusivamente do motorista particular (hipótese em que restaria excluída a obrigação de indenização por parte da Administração, cabendo sim ao particular a obrigação de reparação).

Já a **Teoria do Risco Integral** representa uma exacerbação da responsabilidade civil da Administração. Segundo esta teoria, basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para a Administração, mesmo que o dano decorra de culpa exclusiva do particular. Tomando-se o exemplo acima, mesmo que ficasse comprovado haver culpa exclusiva do condutor particular, a obrigação de indenizar caberia à Administração.

Segundo administrativistas do peso de Hely Lopes Meirelles, a Teoria do Risco Integral jamais foi adotada em nosso ordenamento jurídico. Opinião semelhante é manifestada pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho, para quem a teoria do risco integral é “injusta, absurda e inadmissível no direito moderno”.

É também interessante registrar a lição da Professora Maria Sylvia Di Pietro, para quem “a maior parte da doutrina não faz distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimos”. Continua a eminente administrativista: “mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade”. É evidente, acrescentamos, que admitir as causas excludentes da responsabilidade, na Teoria do Risco Integral significa equipará-la, em todos os aspectos, à teoria do risco administrativo, ou melhor, resulta na absoluta inexistência de distinção entre as duas teorias de responsabilização objetiva do Estado.

3. FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A nosso ver, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos

ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.

É a idéia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da **igualdade**.

Ainda sob esse enfoque, observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

4. O ART. 37, § 6º, DA CF: RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Reza o art. 37, § 6º, da Constituição:

“§ 6º 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.”

Esse dispositivo regula a responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade **risco administrativo**, pelos danos causados por atuação de seus agentes. Não alcança, conforme se verá adiante, os danos ocasionados por **omissão** da Administração Pública, cuja indenização, se cabível, é regulada pela Teoria da Culpa Administrativa.

Antes de analisarmos detalhadamente o dispositivo, devemos atentar para sua abrangência. Ele se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades. Alcança, também, todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públi-

cos, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública (as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos). **Não inclui as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.** Estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial.

Além do exposto no parágrafo precedente, merecem aqui ser exaltados os seguintes aspectos acerca da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República:

- (1º) esse dispositivo não estabelece a responsabilidade objetiva para toda a conduta, comissiva ou omissiva, da Administração. Ao contrário, a responsabilidade objetiva somente se aplica à hipótese de danos causados pelo Poder Público por meio da **ação** de seus agentes;
- (2º) a expressão “agente” não se restringe aos servidores públicos, agentes das pessoas jurídicas de direito público, mas também aos empregados das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, integrantes ou não da Administração Pública;

A responsabilidade civil objetiva aplica-se, como já dissemos, a todas as pessoas jurídicas de direito público, não importa sua área de atuação, e às pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, o que inclui tanto as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (mas não as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas), quanto as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.

Quanto a esse último ponto – responsabilidade objetiva das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos –, é extremamente importante registrar entendimento do STF, manifestado no julgamento do RE 262.651/SP (rel. Min. Carlos Velloso, 16.11.2004). Nesse aresto, o Tribunal Constitucional deixou assente que **“a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não-usuários**, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por essa razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano.” É importante notar que o julgado analisou especificamente a situação das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, não mencionando, em momento nenhum, empresas públicas e sociedade de economia mista prestadoras de serviços públicos. Como

estas integram a Administração Pública Indireta, pensamos não ser possível estender automaticamente a elas essa orientação do STF, uma vez que a sua situação jurídica é bem diversa daquela das delegatárias de serviços públicos. É oportuno assinalar, também, que se trata de um julgamento proferido pela Segunda Turma do STF (e não pelo Plenário), além de a votação não ter sido unânime. De todo modo, hoje, a posição que temos é esta: **para o STF, a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviços públicos somente abrange as relações jurídicas travadas entre elas e os usuários do serviços público, não se aplicando a terceiros não-usuários.** Assim, em um acidente de trânsito entre um automóvel particular e um ônibus de permissionária de serviço público, a responsabilidade civil será apurada da mesma forma que o seria se o acidente tivesse acontecido entre dois veículos particulares quaisquer, ou seja, com base na responsabilidade subjetiva, cabendo a quem entender ter sofrido dano provar a culpa do outro motorista.

(3º) o que interessa para caracterizar a responsabilidade da Administração é o fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público para o cometimento do dano. O que importa é a qualidade de agente público ostentada na atuação do agente, a circunstância de sua condição de agente público ser determinante para a prática do ato. É irrelevante se o agente atuou dentro, fora ou além de sua competência legal: tendo o ato sido praticado na “qualidade” de agente público já é suficiente para a caracterização da responsabilidade objetiva;

Portanto, o abuso, a arbitrariedade por parte do agente no exercício da função pública não exclui a responsabilidade da Administração. Exemplificando: se um policial fardado, agindo fora de seu horário de expediente, mas em nome do Estado (o que, no caso, presume-se do só fato de estar o agente fardado e ser efetivamente integrante dos quadros da força policial), causar dano ao particular, a obrigação de indenizar compete ao Estado, independentemente da existência de irregularidade na ação do agente.

Desde o momento em que a Administração outorga competência para determinado agente exercer uma atividade pública, ou para guardar um bem, ou para zelar pela guarda e condução de uma viatura, passa ela a assumir os riscos sobre a execução dessa atividade, ficando obrigada a ressarcir os eventuais danos dela oriundos.

Não se cogitará de responsabilidade da Administração nos casos em que a atuação do causador do dano for independente de sua condição de agente público. Como exemplo, mencionamos o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 363.423/SP (rel. Min. Carlos Britto, 16.11.2004), em que

o Tribunal considerou inexistir obrigação do Estado a indenizar vítima de disparo de arma de fogo, pertencente à corporação, utilizada por policial durante período de folga, “uma vez que o dano fora praticado por policial que se encontrava fora de suas funções públicas”. Entendeu o STF que o evento danoso decorreria de interesse privado, que o policial atuara movido por sentimento pessoal, concernente ao relacionamento amoroso que mantinha com a vítima. Assim, decidiu-se que “o art. 37, §6º, da CF exige, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, que a ação causadora do dano a terceiro tenha sido praticada por agente público, nessa qualidade, **não podendo o Estado ser responsabilizado senão quando o agente estatal estiver a exercer seu ofício ou função, ou a proceder como se estivesse a exercê-la**”. Nesse julgado, o Tribunal excelso afastou a alegação de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do Estado, fundamento pretendido pela vítima para reconhecimento da responsabilidade deste.

(4º) a responsabilidade da Administração fica excluída na hipótese de ser demonstrada culpa exclusiva do particular que sofreu o dano. A prova, entretanto, é ônus da Administração. Não sendo possível provar culpa do particular, cabe ao Estado a responsabilidade civil pelo dano.

É interessante registrar que grandes autores do Direito em geral atribuem essa excludente da responsabilidade objetiva – a culpa exclusiva do particular –, mais propriamente, à inexistência, nesses casos, de nexo causal. Com efeito, se a lesão decorre de culpa exclusiva do particular que sofreu o dano, não se pode dizer que exista nexo causal entre alguma atuação da Administração e o dano havido. Concordamos com essa explicação. Todavia, pensamos que, na hipótese da redução proporcional da responsabilidade civil objetiva, quando há culpa concorrente do Estado e do particular, não é tão clara a relação entre a excludente parcial e o nexo de causalidade. Mesmo nesses casos, entretanto, há autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que defendem residir no nexo causal a explicação para a redução do dever de indenizar, por parte do Estado.

Por último, é importante assinalar que nas hipóteses de pessoas ou coisas sob custódia do Estado, haverá responsabilidade civil objetiva deste, mesmo que o dano não decorra de uma atuação comissiva direta de um de seus agentes. Quando o Estado está na posição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá com base no art. 37, § 6º, por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas, mesmo que não diretamente causados por atuação de seus agentes.

Seria a hipótese, por exemplo, de um aluno de uma escola pública acarretar lesão a outro no horário de funcionamento da instituição, dos presos

(um vem a matar o outro) ou dos doentes internados em um hospital público (que venham a sofrer um dano físico injustificável).

Em todas essas situações caberá indenização, exceto se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal, como um evento imprevisível e irresistível, independente de qualquer atuação da Administração, caracterizador de situação de força maior. Por exemplo, se houve uma invasão imprevisível, inevitável e excepcional da escola, objetivamente anormal, por um bando armado ferindo os estudantes, fica afastada a responsabilidade da Administração; porém, se o dano ocorreu em circunstâncias normais da escola, dentro da sala de aula, quando a Administração deveria – e tinha como – evitá-lo, o Estado será responsabilizado.

5. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO

É um equívoco pensar que a responsabilidade da Administração Pública, diante de quaisquer situações, é sempre objetiva. Repita-se: o art. 37, § 6º, da CF, ao regular a responsabilidade objetiva do Estado, restringiu essa modalidade apenas para o caso de **conduta** de seus **agentes**.

A responsabilidade pelos danos causados por **atos de terceiros** ou **fenômenos da natureza** é do tipo subjetiva, não estando contemplada na Teoria do Risco Administrativo prescrita no referido dispositivo constitucional. Nessas hipóteses, há necessidade de comprovação de **omissão** culposa – imprudência, imperícia ou negligência – da Administração, para que fique configurada a obrigatoriedade de indenização estatal.

Esse entendimento não significa que a Administração esteja isenta de responsabilidade em qualquer hipótese em que o particular sofra um dano ocasionado por **omissão** do Estado. Significa, somente, que, não existindo **conduta** de agente público ou delegado, a responsabilidade do Estado será do tipo subjetiva, ou seja, terá que ser provada **culpa** (negligência, imprudência ou imperícia) na **omissão** da Administração.

Caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. Tal “culpa administrativa”, no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisa ser provada negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado (por isso, às vezes, é utilizada a expressão “culpa anônima” em referência a essa modalidade de responsabilidade subjetiva). Assim, para ensejar a responsabilização, a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado. Impende anotar, ainda, que é necessário, também, que a pessoa que sofreu o dano

demonstre existir nexo causal direto e imediato entre a falta ou deficiência na prestação do serviço e o dano por ela sofrido.

Essa tem sido a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, perfilhando a doutrina, entre outros, do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Com efeito, do voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 237.536, em que ele foi Relator, extrai-se a seguinte passagem: “Parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão.”

Em outro julgado (RE 179.147, Rel. Min. Carlos Velloso), o STF, por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de **ação** de seus agentes (responsabilidade objetiva) e aquela verificada no caso de danos possibilitados pela alegada **omissão** da Administração. Reproduz-se parte da ementa do citado acórdão, em razão de sua notável clareza (grifamos):

“I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, **responsabilidade objetiva**, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes **requisitos**: a) do dano; b) da **ação** administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a **ação** administrativa. II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III – Tratando-se de **ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência**, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.”

É o caso de uma manifestação pública, em que uma multidão de terceiros (particulares não na qualidade de agentes públicos) venha a causar danos às pessoas, depredando propriedades, p. ex.; ou de fenômenos da natureza, como vendavais, chuvas, enchentes etc. que venham a causar sérios prejuízos à população. Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovada a culpa da Administração (responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa administrativa ou culpa anônima).

Assim, na hipótese de ocorrência de uma enchente, se ficar comprovado que os serviços prestados pela Administração foram ineficientes, deverá ela ser responsabilizada (muito comum ocorrer quando as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo das águas e gerando prejuízos, inundando garagens, deixando os carros submersos, p. ex).

Nesse caso, não há dúvida: existe dever de reparação por parte da Administração. Entretanto, pode ocorrer que na mesma situação – enchente – todo o sistema de escoamento estivesse em perfeitas condições, tivesse sido previamente vistoriado e recuperado pela Administração, mas, mesmo assim, devido a uma excepcional e imprevisível continuidade e intensidade das chuvas, não tenha sido suficiente. Nessa situação restará descaracterizada, pela situação de força maior, a responsabilidade da Administração.

Diversos outros exemplos de responsabilização subjetiva do Estado decorrente de sua omissão podem ser enumerados, como um assalto a um particular que tenha buscado refúgio em local próximo a um posto policial e os policiais nada tenham feito para impedir o assalto diante deles ocorrido; os deslizamentos de terra decorrentes de chuvas (ou mesmo espontâneos), se antes já era visivelmente perigoso morar próximo à encosta e o Poder Público nada tenha feito para retirar previamente as pessoas do local etc.

Em relação à afirmativa de que a responsabilidade civil da Administração, no caso de danos ensejados por **omissão** (má prestação de serviço público, ou seja, falta ou falha do serviço), é do tipo subjetiva, na modalidade culpa administrativa, vale uma observação acerca do **dano nuclear**.

A Constituição, no seu art. 21, inciso XXIII, alínea “d”¹, afirma, categoricamente, que a responsabilidade civil da União, no caso de danos nucleares “**independe da existência de culpa**”. Ora, como, no art. 37, § 6º, a mesma Constituição estabelece que a responsabilidade civil do Estado por atuação de seus agentes é do tipo objetiva, pensamos que, especificamente em relação ao dano nuclear, o constituinte pretendeu deixar claro que a responsabilidade civil será do tipo objetiva também no caso de **omissão** do Poder Público. Alertamos que o assunto, além de ser pouco estudado pela doutrina, não é nada pacífico. Há, também, quem entenda que a Constituição teria adotado, no caso do dano nuclear, a teoria do risco integral, ou seja, que seria uma responsabilidade objetiva por atuação da Administração, porém não sujeita às causas excludentes dessa responsabilidade. Existem, por último, autores que pensam não existir distinção entre a responsabilidade por dano nuclear e as demais hipóteses de responsabilidade civil do Estado.

¹ Numeração dada pela EC nº 49/2006.

6. FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO

Existe bastante controvérsia acerca da possibilidade de serem consideradas excludentes da responsabilidade civil da Administração as situações caracterizadoras de força maior e de caso fortuito.

A primeira dificuldade reside na própria diferenciação entre os dois. Há quem atribua o conceito de força maior a eventos irresistíveis da natureza e o de caso fortuito a eventos inevitáveis resultantes de atuação do homem. Há autores que adotam orientação exatamente oposta a essa.

Pensamos que a melhor doutrina não está com nenhum dos dois grupos, vale dizer, que não é na circunstância de o evento advir do ser humano ou da natureza que reside o elemento diferenciador.

Adotamos as definições de Maria Sylvia Di Pietro e de Celso Antônio Bandeira de Mello. Infere-se das lições desses insignes publicistas que temos uma situação de força maior quando estamos diante de um evento externo, estranho a qualquer atuação da Administração que, além disso, deve ser imprevisível e irresistível ou inevitável. Portanto, tanto seria evento de força maior um furacão, um terremoto, como também uma guerra, uma revolta popular incontrollável.

Diversamente, o caso fortuito seria sempre um evento interno, ou seja, decorrente de uma atuação da Administração. O resultado dessa atuação é que seria inteiramente anômalo, tecnicamente inexplicável e imprevisível. Assim, na hipótese de caso fortuito, todas as normas técnicas, todos os cuidados relativos à segurança, todas as providências exigidas para a obtenção de um determinado resultado foram adotadas, mas, não obstante isso, inexplicavelmente, o resultado ocorre de forma diversa do que a prevista e previsível.

É fácil concluir que, nas situações em que a responsabilidade da Administração é regulada pela teoria da culpa administrativa, ou seja, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva por **omissão** da Administração, por falha no serviço, tanto a força maior quanto o caso fortuito são excludentes da obrigação de indenizar. É indiscutível que a responsabilidade por falta do serviço (*faute de service*) só existe quando a falha na sua prestação era evitável. Se uma circunstância imprevisível, inevitável e invencível ou irresistível ocasionou a falha, não se há de cogitar de omissão da Administração, porquanto, para caracterizar a culpa administrativa, a omissão tem que ser inescusável.

Diferentemente, nas circunstâncias em que o Estado deva responder objetivamente por danos causados aos particulares, conquanto não haja consenso, perfilhamos a posição segundo a qual somente ficará afastada a responsabilidade civil se houver rompimento do nexo causal. Nesses casos, de responsabilidade objetiva por atuação do Estado, não se há de verificar se o dano ocasionado decorreu de atuação escusável ou não. Somente se o

dano não decorreu da atuação, ou seja, se não existe o nexo causal entre uma atuação da Administração e a lesão ocorrida, é que ficará afastada a responsabilidade civil objetiva.

Adotadas as definições de força maior e de caso fortuito aqui propugnadas, é razoável defender que somente as situações caracterizadoras de força maior excluem a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública e suas delegatárias. Isso porque, nas situações de força maior, o dano não decorre de atuação do Estado, mas do próprio evento caracterizado como força maior. Como se trata de um acontecimento externo a qualquer relação jurídica entre a Administração e o administrado, não há nexo causal entre algum ato daquela e o dano sofrido por este. Não se configura, por esse motivo, qual seja, pela falta de nexo de causalidade – e não em razão de considerações pertinentes à existência ou não de culpa da Administração –, a responsabilidade civil do Estado.

Elaboremos um exemplo bastante exagerado, mas, a nosso ver, ilustrativo do que dissemos no parágrafo anterior. Imaginemos que um carro da Administração, em horário de expediente, encontra-se estacionado e, dentro dele, há um agente público, motorista do veículo, sentado ao volante (aguardando a saída de um outro servidor que estivesse realizando regularmente uma fiscalização em uma empresa). Imaginemos que um evento como um furacão, um terremoto, ou mesmo uma revolta popular, arremessasse o carro oficial contra o veículo de um particular, também estacionado. Nessa situação, é absolutamente evidente que não se há de cogitar de culpa exclusiva do particular, ou de culpa concorrente dele e da Administração. Temos a seguinte situação objetiva: um veículo da Administração, estando a serviço desta, chocou-se contra um veículo particular, o qual sofreu avarias, sem que haja qualquer culpa do administrado. Ainda assim, cabe a obrigação de indenizar à Administração?

Nessa hipótese, fica afastada a responsabilidade objetiva, não por ter existido culpa do particular, mas porque o evento de força maior rompeu o nexo causal entre o dano e alguma atuação da Administração. Na realidade, o dano decorreu do evento de força maior, não da atuação da Administração. Portanto, a força maior, rompendo o nexo causal entre o dano e eventual atuação da Administração, funciona como excludente da responsabilidade objetiva do Estado.

Muito diferentes são as consequências das situações de caso fortuito. Nessas, o dano decorre diretamente de atuação da Administração. Embora o evento danoso resulte de situação em que inexiste qualquer culpa da Administração, conquanto o ocorrido fosse inteiramente imprevisível e se deva a fatores anômalos inevitáveis, tornando a falha plenamente escusável, o certo é que o dano decorreu de uma atuação da Administração. Portanto,

como existe o dano e o nexo causal, e como se trata de responsabilidade por atuação da Administração, portanto objetiva, sem que se cogite de qualquer culpa do particular que sofreu o dano, não há possibilidade de considerar como excludente o caso fortuito.

Tentemos um exemplo. Imaginemos uma colisão, entre um veículo oficial dirigido por um agente público em atividade regular e o veículo de um particular, ocasionada exclusivamente pelo fato de o carro da Administração haver “ficado sem freios”. Imaginemos que a perícia demonstre que os freios estavam em perfeitas condições de conservação, que a Administração prove que adotou todos os cuidados e todas as providências técnicas exigidas pelos mais rigorosos critérios de prevenção de acidentes em relação aos freios do veículo, que o motorista trafegava em velocidade regular e acionou os freios com antecedência mais do que suficiente, mas, mesmo assim, de forma absolutamente inexplicável e imprevisível, os freios falharam e a colisão ocorreu.

Nessas circunstâncias, mesmo caracterizado amplamente o caso fortuito, não se pode considerar excluída a responsabilidade da Administração. Isso porque o dano decorreu de atuação sua, implicando responsabilidade objetiva do Estado. Como temos o dano e o nexo causal entre ato e dano, e não existe qualquer culpa do particular, encontram-se reunidos os elementos necessários à responsabilização objetiva. Assim, o caso fortuito não pode ser considerado excludente na hipótese de dano decorrente de atuação da Administração Pública.

Sem embargo de tudo o que foi exposto neste tópico, desejamos registrar, mais uma vez, que não há consenso, nem doutrinário, nem jurisprudencial, seja sobre a distinção conceitual entre força maior e caso fortuito, seja acerca das conseqüências da verificação de uma dessas circunstâncias. Muitos autores e muitos julgados simplesmente apontam ambos – força maior e caso fortuito –, conjuntamente, sem distinguir um do outro, como excludentes da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, inclusive da responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, sem estabelecer uma distinção teórica entre força maior e caso fortuito, simplesmente aponta ambos como excludentes da responsabilidade civil objetiva. Citamos como exemplo trecho do voto do relator, Min. Celso de Mello, no Agravo de Instrumento nº 455.846/RJ, de 11.10.2004. Conquanto não fosse este o objeto principal de discussão, o insigne magistrado, incidentalmente, refere-se à força maior e ao caso fortuito, sem discriminá-los, como excludentes da responsabilidade objetiva do Estado.²

² É o seguinte o excerto do voto em questão: “É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses ex-

Enfim, a nosso ver, o único ponto que se pode identificar como razoavelmente consensual diz respeito ao reconhecimento de que qualquer evento, não importa como se queira classificá-lo, que descaracterize o nexo causal entre o dano e uma atuação da Administração, exclui a responsabilidade desta. Assim, para aqueles que simplesmente não distinguem caso fortuito de força maior, ou que, mesmo distinguindo, tratam ambos como eventos externos à atuação do Estado, implicando rompimento do nexo causal entre a atuação e o dano, é lógico identificar ambos como circunstâncias excludentes (repetimos que é muito freqüente tribunais e autores de renome não fazerem distinção ou, mesmo fazendo, tratarem conjuntamente o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade do Estado, inclusive da responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo). Para os que, como nós, entendem que só a força maior é evento externo, ao passo que o caso fortuito é circunstância relacionada à própria atuação que gera o dano, é mister apontar como excludente somente a força maior, por afastar o nexo causal entre a atuação do Estado e o dano, diferentemente do que ocorre nas situações de caso fortuito.

7. DANOS DE OBRA PÚBLICA

A responsabilidade civil por danos decorrentes de obras públicas exige a análise de dois aspectos, a saber:

- a) se o dano foi causado pelo denominado **só fato da obra**, ou se foi causado por má execução da obra; e
- b) se a obra está sendo executada diretamente pela Administração Pública ou se a execução está a cargo de um particular que tenha celebrado com o Poder Público um contrato administrativo com esse objeto (execução da obra).

Na hipótese de ser o dano causado **pelo só fato da obra**, a responsabilidade extracontratual da Administração Pública é do tipo objetiva, na modalidade do risco administrativo, **independentemente de quem esteja executando a obra** (se a Administração, diretamente, ou se a execução da obra foi confiada a um particular contratado).

Diz-se que o dano foi causado **pelo só fato da obra** quando ele decorre da própria natureza da obra, ou foi causado por um fato imprevisível ou inevitável ocorrido na execução da obra, sem que tenha havido culpa de

cepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107-1109, v.g.)."

alguém. São os danos causados pela obra em si mesma, pela sua localização, extensão ou duração, **sem qualquer irregularidade na sua execução**. Nessa hipótese, sendo uma obra pública um empreendimento que, em tese, beneficia toda a sociedade, não deve um particular, ou um grupo restrito de pessoas, sofrer um ônus extraordinário em decorrência de sua execução, não suportado pelos outros indivíduos da coletividade. Por isso, a fim de repartir igualmente o ônus decorrente dos prejuízos advindos da realização da obra, a própria Administração Pública deve responder objetivamente pelos danos causados, independentemente da ocorrência de culpa de sua parte, e mesmo que a obra esteja sendo executada por um particular para tanto contratado.

Por exemplo, pode ocorrer de, numa obra de perfuração e abertura de galerias para ampliação do metrô de São Paulo, as explosões necessárias, a despeito de todas as precauções e cuidados técnicos, provocarem rachaduras nas paredes das casas próximas. Nesse caso, o dano a essas casas é ocasionado pelo só fato da obra, sem que haja culpa de alguém, e quem responde pelo dano é a Administração Pública (responsabilidade civil objetiva), mesmo que a obra esteja sendo executada por um particular por ela contratado.

Pode, entretanto, ocorrer que uma obra pública ocasione dano a particulares em decorrência de **má execução**, de irregularidades imputáveis a quem esteja realizando a obra. Trata-se dos danos causados por **culpa do executor**.

Nessa hipótese, interessa saber quem está executando a obra. Se a obra estiver sendo realizada pela própria Administração Pública, diretamente, teremos uma situação ordinária de responsabilidade civil passível de enquadramento no art. 37, § 6º, da Constituição, caso em que a Administração responde objetivamente, perante o prejudicado, pelo dano causado, e, uma vez condenada a indenizá-lo, tem ação regressiva contra o respectivo agente público, devendo provar a existência de culpa ou dolo na conduta desse agente.

Diferentemente, se a obra estiver sendo realizada por um particular contratado pela Administração Pública para esse mister, é ele, executor da obra, quem responde civilmente pelo dano, perante a pessoa prejudicada. A responsabilidade é do tipo subjetiva, ou seja, o executor só responderá se tiver atuado com dolo ou culpa.

A Lei nº 8.666/1993 trata dessa última hipótese em seu art. 70 nestes termos:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”

É relevante, por fim, anotar que, se o dano decorrente da **má execução da obra** puder ser imputado, concorrentemente, ao contratado e à Administração Pública, haverá redução proporcional da responsabilidade, respondendo cada um, na medida de sua culpa, pelo dano causado.

8. ATOS LEGISLATIVOS

Os atos legislativos, em regra, não acarretam responsabilidade extracontratual para o Estado.

O Poder Legislativo, na sua função normativa, atua com soberania, somente ficando sujeito às limitações impostas pela própria Constituição. Portanto, desde que aja em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais, elaborando normas gerais e abstratas, o Estado não pode ser responsabilizado por sua função legislativa.

Porém, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de atos legislativos ensejarem responsabilidade civil do Estado em duas situações:

- (a) edição de leis inconstitucionais;
- (b) edição de leis de efeitos concretos.

Em relação à **edição de leis inconstitucionais**, parte-se da premissa de que o Poder Legislativo possui, sim, soberania para editar leis, desde que, evidentemente, sejam elas elaboradas em conformidade com a Constituição. O Poder Legislativo tem o dever de respeitar as regras constitucionais; furtando-se a tal dever, pode surgir a responsabilidade do Estado.

A edição de uma lei inconstitucional poderá, portanto, ensejar a responsabilidade do Estado, caso tenha ela efetivamente causado dano ao particular. A responsabilização do Estado, nessa hipótese, depende da declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Política. Não se deve imaginar, entretanto, uma obrigação de indenizar automática. Havendo a declaração da inconstitucionalidade da lei, a pessoa que tenha sofrido danos oriundos da sua incidência terá que ajuizar uma ação específica pleiteando a indenização pelo dano decorrente da aplicação dessa lei que foi declarada inconstitucional.

Pode ocorrer, também, a responsabilidade civil do Estado no caso de edição das chamadas **leis de efeitos concretos**, assim consideradas aquelas que não possuem caráter normativo, que não são dotadas de generalidade, impessoalidade e abstração. São leis apenas em sentido formal (pois oriundas do Poder Legislativo), que possuem destinatários certos, determinados.

Materialmente, elas são análogas aos atos administrativos individuais, com destinatários determinados e efeitos concretos.

Uma lei de efeitos concretos, desde que sua aplicação acarrete danos ao particular, pode gerar responsabilidade extracontratual para o Estado, possibilita que o indivíduo pleiteie o reconhecimento do direito à reparação dos prejuízos por ela causados.

9. ATOS JURISDICIONAIS

A jurisprudência brasileira não admite a responsabilidade civil do Estado em face dos atos jurisdicionais praticados pelos magistrados. Assim como ocorre com os atos legislativos, a **regra geral** é a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica, de dizer o direito aplicável ao caso sob litígio, sentenciando).

Alguns aspectos, porém, demandam comentários.

O primeiro é que, em relação aos **atos não jurisdicionais** praticados pelo juiz e pelos demais órgãos de apoio do Poder Judiciário, não há o que se discutir: sobre eles incide normalmente a responsabilidade extracontratual objetiva da Administração, na modalidade risco administrativo (CF, art. 36, § 7º), porque se trata de meros atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário. Enquadram-se nessa categoria de atos todos aqueles que dizem respeito à atividade de apoio administrativo do Poder Judiciário, quer tenham sido praticados pelo juiz ou por outros agentes daquele Poder (escrivães, motoristas, oficiais de justiça etc.).

O segundo diz respeito à **área criminal**, em que a própria Constituição Federal estabeleceu, como garantia individual, a regra de que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (CF, art. 5º, LXXV). Nessa hipótese, se o indivíduo é condenado (na esfera penal) em virtude de sentença que contenha erro judiciário, tem direito, contra o Estado, à reparação do prejuízo. A responsabilidade do Estado é **objetiva**, vale dizer, **independe de o erro haver decorrido de dolo ou culpa** do magistrado que proferiu a decisão judicial. Esse dispositivo – art. 5º, LXXV, da Carta da República –, frise-se, **não alcança a esfera cível**, isto é, não enseja indenização por um prejuízo que alguém tenha sofrido em decorrência de um erro cometido na prolação de uma sentença cível.

No julgamento do RE 505.393/PE (rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, por maioria, 26.06.2007) discutiu-se o alcance do art. 5º, LXXV, da Constituição, e a espécie de responsabilidade extracontratual do Estado que

dele decorre. No aresto prolatado, manifestou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a indenização de que trata esse dispositivo constitucional decorre de responsabilidade civil **objetiva**, conforme o excerto da ementa abaixo transcrito (esclarecemos e grifamos):

“A regra constitucional [art. 5º, LXXV, da Constituição] **não** veio para aditar **pressupostos subjetivos** à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos [do condenado por erro judiciário e daquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença], a indenização é uma garantia individual e, **manifestamente, não** a submete à exigência de **dolo ou culpa** do magistrado.”

É importante sintetizar: a regra é a inexistência de responsabilidade civil por atos jurisdicionais. Especificamente em relação ao erro judiciário, excepciona-se essa regra. Nessa hipótese, a responsabilidade extracontratual do Estado é **objetiva**, isto é, independe de dolo ou culpa do magistrado. Deve-se enfatizar que o **erro judiciário** de que trata a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXV, restringe-se a erro concernente à **esfera penal**. Enfim, no caso de revisão criminal julgada procedente, no caso de erro judiciário cometido na esfera penal, independentemente de dolo ou culpa, pode o Estado ser condenado, na esfera cível, a indenizar a vítima do erro. Aplica-se, à hipótese, o art. 37, § 6º, da Carta de 1988.

Um terceiro ponto que merece análise diz respeito à possibilidade de as prisões preventivas ensejarem indenização ulterior por dano moral, especialmente na hipótese de o réu, na decisão definitiva, vir a ser absolvido. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é fortemente majoritária quanto à ausência de direito a indenização, mormente quanto à inexistência de responsabilidade civil objetiva do Estado pelo dano moral decorrente da prisão preventiva.

Sobre esse ponto, vale citar este julgado do Pretório Excelso (RE 429.518/SC, rel. Min., Carlos Velloso, 17.08.2004):

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. C.F., art. 37, § 6º. I. A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. II. Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com

o erro judiciário – C.F., art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. Negativa de trânsito ao RE.”

Desse julgado, merece transcrição o seguinte excerto do voto condutor:

“O decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior.

Interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto.”

Finalmente, há que se destacar a regra constante do Código de Processo Civil, que estatui a responsabilidade do juiz quando proceder com **dolo**, inclusive fraude, bem como quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 133). Nesse caso, a responsabilidade é **pessoal do juiz**, a quem cabe o dever de reparar os prejuízos que causou, mas só alcança suas condutas dolosas, e **não** eventuais erros decorrentes de **culpa** (negligência, imprudência ou imperícia), ainda que acarretem dano às partes.

10. A AÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO: PARTICULAR X ADMINISTRAÇÃO

A reparação do dano causado pela Administração ao particular poderá dar-se amigavelmente ou por meio de ação de indenização movida por este contra aquela. O particular que sofreu o dano praticado pelo agente deverá, pois, intentar a ação de indenização em face da administração pública, e não contra o agente causador do dano. Exemplificando, se João da Silva, servidor público da União, causar um dano a um particular, digamos, numa colisão de veículos, a ação de indenização movida pelo particular será contra a União e não contra o servidor João da Silva.

Em um julgado bastante antigo (RE 90.071/SC, 18.06.1980), o STF havia decidido que a pessoa que sofreu o dano teria a faculdade de mover a ação de indenização simultaneamente contra a Administração e o agente público.

Tratar-se-ia, dessarte, de hipótese de litisconsórcio passivo facultativo. É esta a ementa do RE 90.071 (decidido pelo Pleno, por maioria):

“RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO. POSSIBILIDADE.

O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo.”

Recentemente, entretanto, o STF julgou o RE 327.904 (rel. Min. Carlos Britto, 15.08.2006, Primeira Turma, unânime), no qual **decidiu que a pessoa que sofra o dano não pode ajuizar ação, diretamente, contra o agente público**. É a seguinte a ementa do RE 327.904 (grifamos):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, **dupla garantia**: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. **Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.**”

É verdade que o RE 90.071 foi decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o aresto proferido no RE 327.904 consiste em decisão de Turma. Seja como for, pode-se afirmar que a posição mais recente manifestada pela Corte Suprema aponta para a impossibilidade de a pessoa que sofreu o dano ingressar com a ação de indenização contra o agente público, porque

este só responde, se for o caso, à pessoa jurídica a cujos quadros pertença, em ação regressiva. Caso esse entendimento venha a ser corroborado em outros julgados, poderemos concluir que restou superada a orientação firmada no RE 90.071, isto é, terá passado a ser incorreta a asserção de que a pessoa que sofreu o dano poderia ajuizar a ação de indenização simultaneamente contra a pessoa jurídica e o agente público, em litisconsórcio.

Na ação de indenização, bastará ao particular demonstrar a relação de causa e consequência entre o fato lesivo e o dano, bem assim o valor patrimonial desse dano. Isso porque a responsabilidade da Administração é do tipo objetiva, bastando os pressupostos nexo causal e dano para surgir a obrigação de indenizar. A partir daí, cabe à Administração, para eximir-se da obrigação de indenizar, comprovar, se for o caso, que a vítima concorreu com dolo ou culpa para o evento danoso, podendo resultar três situações:

- (1) se não conseguir provar, responderá integralmente pelo dano, devendo indenizar o particular;
- (2) se comprovar que a culpa total foi do particular, ficará eximida da obrigação de reparar;
- (3) se comprovar que houve culpa recíproca (parcial de ambas as partes), a obrigação será atenuada proporcionalmente.

O valor da indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu e o que gastou, com advogado p. ex., para ressarcir-se do prejuízo (danos emergentes), bem assim o que deixou de ganhar em consequência direta do ato lesivo causado pelo agente (lucros cessantes).

Assim, por exemplo, se um veículo da Administração colide com o de um taxista, danificando inteiramente o carro deste, e a Administração só vem a ressarcir-lo três meses depois, ficando o taxista nesse período impossibilitado de trabalhar, a indenização abrangerá não só o valor do reparo do veículo e os gastos incorridos para a obtenção deste direito como também o valor médio que o taxista teria recebido se estivesse trabalhando durante estes três meses e que deixou de receber justamente por causa de sua inatividade forçada neste período, decorrente do evento danoso.

Ademais, se houver morte da vítima, a indenização abrangerá o sepultamento e a prestação alimentícia devida pela vítima às pessoas a quem o falecido devia, pelo período que for apurado como de expectativa de vida da vítima.

O prazo de prescrição da ação de reparação, ou seja, o prazo que o particular tem para ajuizar a ação contra a pessoa jurídica de direito público ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos,

visando a obter a indenização dos danos causados pela atuação dos agentes dessas pessoas jurídicas, é de **cinco anos**. Esse prazo prescricional, estabelecido no art. 1º-C da Lei nº 9.494/1997, incluído pela MP nº 2.180-35/2001, aplica-se, inclusive, às delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública.

11. A AÇÃO REGRESSIVA: ADMINISTRAÇÃO X AGENTE PÚBLICO

O § 6º do art. 37 da Constituição autoriza a ação regressiva da Administração Pública (ou da delegatária de serviços públicos) contra o agente cuja atuação acarretou o dano, desde que seja comprovado **dolo** ou **culpa** na atuação do agente. Mais precisamente, o texto constitucional fala em “**direito de regresso**”, sem explicitar que tal direito deva obrigatoriamente ser exercido em uma ação própria (**ação regressiva**), posterior à ação movida contra a Administração (ou delegatária) pela pessoa que sofreu o dano (ação de indenização).

Há dois aspectos que devem ser destacados:

- (1) a entidade pública (ou delegatária de serviços públicos), para voltar-se contra o agente, deverá comprovar já ter sido condenada a indenizar, pois seu direito de regresso nasce com o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória, prolatada na ação de indenização;³
- (2) não se deve confundir a responsabilidade da Administração (ou da delegatária de serviços públicos) perante o particular com a responsabilidade do agente para com a Administração (ou delegatária); aquela é do tipo objetiva, na modalidade risco administrativo, que, conforme vimos, independe de culpa ou dolo do réu na ação de indenização; esta, do agente perante a Administração (ou delegatária), só ocorre no caso de **dolo** ou **culpa** daquele (responsabilidade subjetiva do agente).

Em suma, a Administração Pública (ou delegatária de serviços públicos) que causou o dano indeniza o particular independentemente de comprovação de dolo ou culpa dela, Administração (ou delegatária de serviços públicos),

³ A Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965, explicita que o direito de ajuizar a ação regressiva nasce com o trânsito em julgado da decisão que condenar a pessoa jurídica administrativa a indenizar. Nos termos dessa lei, o ajuizamento da ação regressiva é obrigatório, e deve dar-se no prazo de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Administração Pública. Essas disposições da Lei nº 4.619/1965, segundo o entendimento de nossa doutrina, a nosso ver majoritário, foram recepcionadas pela Constituição de 1988, estando, portanto, em pleno vigor.

mas o agente só será condenado a ressarcir a Administração (ou a delegatária), regressivamente, se houver dolo ou culpa de sua parte, agente.

Assim, para a Administração (ou delegatária de serviços públicos) valer-se da ação regressiva é necessário:

- (1) que já tenha sido condenada a indenizar a vítima pelo dano; e
- (2) que tenha havido culpa ou dolo por parte do agente cuja atuação ocasionou o dano.

A obrigação de a Administração Pública (ou delegatária de serviços públicos) indenizar o particular independe de culpa da Administração Pública (ou da delegatária), configurando responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo; a obrigação de o agente ressarcir a Administração Pública (ou delegatária) depende da comprovação da existência de culpa ou dolo desse agente, caracterizando responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa comum.

Alguns aspectos merecem ser ressaltados:

- a) a obrigação de ressarcir a Administração Pública (ou delegatária de serviços públicos), em ação regressiva, sendo esta uma ação de natureza cível, transmite-se aos sucessores do agente que tenha atuado com dolo ou culpa; portanto, mesmo após a morte do agente, podem seus sucessores ser chamados a responder pelo valor que a Administração (ou delegatária) foi condenada a pagar na ação de indenização (sempre respeitado o limite do valor do patrimônio transferido – CF, art. 5º, XLV);
- b) pelo mesmo motivo – ter natureza cível –, pode a ação regressiva ser ajuizada mesmo depois de ter sido alterado ou extinto o vínculo entre o servidor e a Administração Pública; nada impede, pois, seja o agente responsabilizado, ainda que tenha antes pedido exoneração, esteja aposentado, em disponibilidade etc.;
- c) as ações de ressarcimento ao erário movidas pelo Estado contra agentes, servidores ou não, que tenham praticado ilícitos dos quais decorram prejuízos aos cofres públicos **são imprescritíveis**; frise-se que imprescritível é a **ação de ressarcimento**, não o ilícito em si (CF, art. 37, § 5º);
- d) é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus agentes.

O último ponto listado merece um comentário adicional (há alguma controvérsia doutrinária a respeito, mas a posição majoritária, a nosso ver, é a que aqui aduzimos). O instituto da denúncia da lide está regulado no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual:

“A denúncia da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

Dessa forma, se fosse aplicável a denúncia da lide pela Administração, esta, já na primeira ação – isto é, na ação de indenização movida pela pessoa que sofreu o dano, tendo como ré a Administração – denunciaria a lide a seu agente público cuja atuação ocasionou o dano, de sorte que, já nessa primeira ação, seria discutida a existência de dolo ou culpa na atuação do agente.

Percebe-se que, se fosse cabível a denúncia da lide ao agente público pela Administração, haveria inegável prejuízo para o particular que sofreu o dano, porque seria retardado o reconhecimento do seu direito a reparação. Com efeito, a Administração será condenada a indenizar o particular que sofreu o dano com base na responsabilidade objetiva. Diferentemente, se tivesse que ser discutida, na mesma ação de indenização, eventual responsabilidade do agente perante a Administração – o agente está sujeito a responsabilidade subjetiva na modalidade culpa comum –, ficaria o litígio na dependência da demonstração, pela Administração, de que o agente atuou com dolo ou culpa, discussão que nenhum interesse tem para o particular que sofreu o dano, e só lhe causaria transtorno, por atrasar a solução final do litígio (o único interesse do particular que sofreu o dano é que a Administração seja condenada a indenizá-lo; é totalmente irrelevante, para ele, a relação entre a Administração e o seu agente). Enfim, o ingresso do agente no litígio traria injustificado retardamento à reparação do dano à vítima, que, como vimos, não depende da comprovação de dolo ou culpa do agente para ter direito à indenização.

Para tornar clara a regra acima exposta, retomemos o exemplo do taxista. Já sabemos que a Administração estará obrigada a indenizá-lo sob o fundamento da responsabilidade objetiva, ou seja, para eximir-se, terá que provar (e o ônus da prova é da Administração) que houve culpa exclusiva do particular (caso prove culpa concorrente, haverá atenuação da responsabilidade). Se, por exemplo, não ficar comprovada qualquer culpa do taxista, deverá a Administração indenizá-lo, sem que caiba questionar se houve culpa, ou não, do agente administrativo.

É possível, portanto, que, mesmo inexistindo culpa do particular, tampouco fique comprovada culpa do agente administrativo. Nesse caso, não terá o agente obrigação de ressarcimento à Administração, mas subsiste sem nenhuma alteração a obrigação da Administração perante o taxista.

Como se vê, se fosse cabível a denúncia da lide, ocorreria, dentro do processo do taxista contra a Administração, uma discussão relativa à existência ou não de culpa do agente, e essa discussão em nada interessa ao particular,

pois os fundamentos da responsabilidade nas relações Administração-taxista (objetiva) são diversos dos da relação Administração-agente (subjética).

O resultado da denúncia da lide feita pela Administração, se fosse possível, seria retardar (e muito) a indenização do taxista, por misturarem-se no mesmo processo relações distintas e discussões, entre a Administração e o agente, que não dizem respeito ao taxista.

Finalizando, cabe registrar que, na esfera federal, a controvérsia doutrinária sobre cabimento ou não de denúncia da lide pela Administração Pública aos seus agentes foi cabalmente resolvida pela Lei nº 8.112/1990. Com efeito, no § 2º de seu art. 122, a lei federal explicita: “Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em **ação regressiva**.” Conforme foi exposto no início deste tópico, só com base no texto do § 6º do art. 37 da Constituição, não é possível afirmar, com segurança, a inaplicabilidade da denúncia da lide pela Administração, porque ali é usada a expressão genérica “direito de regresso”. Entretanto, na esfera federal a matéria não comporta mais qualquer polêmica, porque a Lei nº 8.112/1990 determinou que o exercício do direito de regresso dar-se-á mediante ação própria, a **ação regressiva**.

12. AS RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL DO AGENTE PÚBLICO

Um último aspecto deve ser analisado: a possibilidade de cumulação das responsabilidades civil, administrativa e penal do servidor em razão do ato danoso por ele praticado.

O ato danoso do agente pode resultar em sua responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal. Vejamos um exemplo prático: o agente público, dirigindo imprudentemente, pode colidir o seu veículo com outro particular e dessa colisão resultar a morte de uma pessoa. Nesse caso, poderá (deverá) o agente responder perante a Administração Pública, pela infração cometida, donde poderá advir-lhe uma das penalidades disciplinares previstas nas leis administrativas, tais como advertência, suspensão ou demissão (responsabilidade administrativa). Responderá civilmente, perante a Administração, em ação de regresso, se comprovada a culpa ou dolo, conforme acima estudamos, pelos danos patrimoniais resultantes do acidente. Responderá, ainda, no âmbito criminal, pelo ilícito penal praticado, homicídio culposo ou doloso, no exemplo citado.

É sabido que as responsabilidades administrativa, civil e penal são cumulativas e, em princípio, independentes (Lei nº 8.112/1990, art. 125).

Cumpre-nos, pois, traçar uma breve análise sobre o assunto, especialmente quando houver condenação penal.

Antes da análise das conseqüências de uma responsabilização penal, é bom que fique claro que:

- (1) pode haver responsabilização administrativa sem que haja a responsabilização civil (agindo o agente contra as determinações administrativas, mas não ficando comprovada a ocorrência de dano patrimonial ao particular, p. ex.);
- (2) pode ocorrer a responsabilização administrativa e civil sem a condenação penal (houve uma infração disciplinar, houve a ocorrência de um dano patrimonial ao particular, mas o ato não se enquadra em nenhum tipo penal, vale dizer, não houve crime nem contravenção).

Entretanto, no caso de estar envolvida a esfera penal é que a situação complica-se um pouco, exigindo uma maior atenção do concursando para as diferentes hipóteses, pois em algumas ocorrerá exceção à regra de independência das esferas de responsabilização. É o que analisaremos a seguir.

Do julgamento na esfera penal poderá resultar:

- (1) condenação criminal do servidor;
- (2) absolvição pela negativa de autoria ou do fato;
- (3) absolvição por ausência de culpabilidade penal;
- (4) absolvição por insuficiência de provas ou por outros motivos.

A condenação criminal do servidor, uma vez transitada em julgado, implica interferência nas esferas administrativa e civil, acarretando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor nestas duas esferas. Isto ocorre porque, sendo o ilícito penal mais do que o ilícito civil ou administrativo, há a presunção de que a condenação naquela esfera (penal) sempre será mais “cuidadosa” do que a das outras, vale dizer, existindo a mais pequena dúvida quanto à responsabilidade penal do agente, este será absolvido nesta esfera.

Em sentido contrário, se ocorre a condenação penal transitada em julgado, presume-se haver certeza jurídica de que o condenado seja efetivamente culpado do ilícito a ele imputado.

Assim, se, antes do trânsito em julgado da condenação penal, o agente houvesse sido absolvido, relativamente ao mesmo fato, nas esferas administrativa ou civil, ocorreria interferência nestas esferas e as sentenças ou

decisões absolutórias tornar-se-iam sem efeito, sobrevivendo a responsabilização do agente também nelas.

A absolvição pela **negativa de autoria** ou **inexistência do fato**, pelos mesmos motivos acima explicados, também interfere nas esferas administrativa e civil. Isso porque, se a jurisdição criminal, em que a apreciação das provas é muito mais ampla, categoricamente afirma que não foi o agente autor do fato a ele imputado ou que sequer ocorreu o fato aventado, não há como sustentar o contrário nas outras esferas.

Assim, se o servidor for demitido, a sentença absolutória penal, sob um dos fundamentos aqui tratados, acarretará sua reintegração, pois estará sendo afirmado que não foi ele o autor do fato que acarretou sua demissão administrativa ou que este fato nem existiu. O mesmo é verdadeiro para a condenação civil, a qual será tornada sem efeito sobrevivendo a absolvição nesses termos.

Já a absolvição penal por **mera insuficiência de provas** ou por **ausência de culpabilidade penal**, ou, ainda, **por qualquer outro motivo**, não interfere nas demais esferas. Os motivos são os mesmos: sendo o ilícito penal mais “grave” (maior é sua lesividade social), o simples fato de não restar provada conclusivamente a responsabilidade penal do agente ou de sua culpabilidade não ser suficiente para sua condenação penal, não é suficiente para interferir nas outras esferas.

Para compreender-se este fato, basta lembrarmos que a regra para a responsabilização penal é a existência de dolo (intenção), somente existindo crimes culposos quando expressamente assim previstos, enquanto na esfera civil a regra é a responsabilização por mera culpa. A culpa civil ou administrativa do servidor subsiste mesmo que não comprovada, de forma conclusiva, sua responsabilidade penal.

Em resumo, o ordenamento jurídico admite as culpas civil e administrativa baseadas em menos elementos do que os necessários para afirmar-se a responsabilidade penal.

Capítulo 13

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. INTRODUÇÃO

O assunto “controle da Administração” não é de sistematização fácil, pois não existe um diploma único que o discipline, e nem a Constituição dele tratou concentradamente em um específico título ou capítulo.

O que se observa, contrariamente, é que diferentes modalidades, hipóteses, instrumentos, órgãos de controle encontram-se previstos e regrados em diversos atos normativos, sendo, ainda, de grande importância para o estudo do tema o conhecimento das orientações doutrinárias e jurisprudenciais a ele relativas.

O mais amplo controle possível da atuação da Administração Pública é um corolário dos Estados de Direito, nos quais somente a lei, manifestação da vontade do povo, único titular da coisa pública, deve pautar toda a atividade da Administração, atividade esta cujo fim mediato deve sempre ser o mesmo: defesa e tutela do interesse público.

Mais precisamente, a idéia central, quando se fala em controle da Administração Pública, reside no fato de que o titular do patrimônio público (material e imaterial) é o povo, e não a Administração, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim sendo, na qualidade de mera gestora de coisa alheia, sem que dela possa dispor, deve a Administração pautar a integralidade de suas condutas pela mais ampla transparência, a fim de que o efetivo titular da coisa pública possa, a todo tempo, ter condições

de verificar se esta – a coisa pública – está realmente sendo gerida da forma mais adequada ao interesse público.

Sob esta orientação, já em 1967, o Decreto-Lei nº 200, que instrumentalizou a denominada, na época, “Reforma Administrativa Federal” (não confundir com a “Reforma Administrativa” operada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, aplicável a todas as esferas de governo da Federação) elegeu o controle como um dos princípios fundamentais da Administração.

Neste capítulo estudaremos o controle da Administração Pública como um todo, abrangendo não só os órgãos e entidades administrativos do Poder Executivo, mas também os que integram a estrutura dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou a eles se vinculam.

Quanto ao último ponto, aliás, é oportuno mencionar que o legislador constituinte derivado, atento à necessidade imperativa de controle eficaz de quaisquer órgãos administrativos, introduziu no texto constitucional a previsão de criação de dois órgãos com essa atribuição específica de controle: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), previstos, respectivamente, no art. 103-B e no art. 130-A da Carta Política, ambos acrescentados pela EC nº 45/2004 (chamada usualmente “Reforma do Judiciário”).

Com efeito, ao CNJ compete, entre outras atribuições, “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, bem como “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”. Na mesma toada, tem o CNMP, entre outras, competência para “o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, e para “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas”.

2. CONCEITO

Pode-se conceituar controle administrativo como o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria Administra-

ção, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder-dever ou a faculdade de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas de Poder.

Garante-se, mediante o amplo controle da Administração, a legitimidade de seus atos, a adequada conduta funcional de seus agentes e a defesa dos direitos dos administrados.

O poder-dever de controle é exercitável por todos os Poderes da República, estendendo-se a toda a atividade administrativa (vale lembrar, há atividade administrativa em todos os Poderes) e abrangendo todos os seus agentes. Por esse motivo, diversas são as formas pelas quais o controle se exercita, sendo, destarte, inúmeras as denominações adotadas.

Veremos, a seguir, aquelas que pensamos serem as mais consagradas.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE CONTROLE

3.1. Conforme a origem

3.1.1. *Controle interno*

O controle interno é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, automaticamente ou por meio de órgãos integrantes de sua própria estrutura.

Assim, o controle que as chefias exercem sobre os atos de seus subordinados dentro de um órgão público é classificado como controle interno.

Da mesma forma, o controle que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, quando provocado, exerce sobre as decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil, é modalidade de controle interno, exercido por órgão especializado.

Ainda exemplificando, o controle que o Ministério da Previdência e Assistência Social exerce sobre determinados atos administrativos praticados pela autarquia Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é forma de controle interno.

O mesmo raciocínio vale para os demais Poderes.

Sempre que um agente ou órgão do Poder Legislativo possuir atribuição de fiscalizar a prática de determinado ato administrativo praticado pelo mesmo Poder Legislativo estaremos diante de hipótese de controle interno.

Igualmente, quando órgãos ou agentes do Poder Judiciário verificam a legitimidade e a regularidade dos atos administrativos praticados pelo próprio Judiciário, a hipótese será de controle interno.

O art. 74 da Constituição de 1988 determina que os Poderes mantenham sistemas de controle interno, estabelecendo os itens mínimos a serem objeto deste controle, como abaixo se lê:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

O parágrafo primeiro desse artigo estabelece que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

3.1.2. *Controle externo*

Diz-se externo o controle quando exercido por um Poder sobre os atos administrativos praticados por outro Poder.

São exemplos de atos de controle externo:

- a) a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 49, V);
- b) a anulação de um ato do Poder Executivo por decisão judicial;
- c) o julgamento anual, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo Presidente da República e a apreciação dos relatórios, por ele apresentados, sobre a execução dos planos de governo (CF, art. 49, IX);
- d) o auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre despesas realizadas pelo Poder Executivo federal.

Registramos a orientação de alguns autores, segundo a qual o controle exercido pela Administração Direta sobre as entidades da Administração In-

direta (controle finalístico ou tutela administrativa) seria também classificado como controle externo. Essa é a classificação proposta pela Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro e pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho.

Pensamos que essa orientação, ao considerar externo o controle exercido no âmbito de um mesmo Poder (o controle exercido pelos órgãos do Poder Executivo sobre as entidades da Administração Indireta vinculadas ao mesmo Poder Executivo), destoa do texto constitucional, que, em mais de um ponto, adota a expressão “controle interno” para referir-se ao controle exercido no âmbito interno de um mesmo Poder e “controle externo” para tratar do controle exercido por um Poder sobre a atuação de outro Poder (por exemplo, art. 70, *caput*, art. 71, *caput*, art. 74, *caput*, todos da Constituição da República).

Dessa forma, reiteramos nossa preferência pela classificação segundo a qual só é controle externo o que um Poder exerce sobre a atuação do outro, reservando a expressão “controle interno” para todo e qualquer controle exercido no âmbito de um mesmo Poder, ainda que entre pessoas jurídicas distintas. Essa é a posição perfilhada, também, pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.

3.1.3. *Controle popular*

Uma vez que a Administração deve sempre atuar visando à satisfação do interesse público, nada mais lógico (e necessário) do que a existência de inúmeros mecanismos, constitucionalmente previstos, à disposição dos administrados, que possibilitem a verificação da regularidade da atuação da Administração e impeçam a prática de atos ilegítimos, lesivos ao indivíduo ou à coletividade, ou possibilitem a reparação dos danos decorrentes da prática de tais atos.

Assim, o art. 31, § 3º, da CF/1988, determina que as contas dos Municípios fiquem, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Ainda exemplificando, no art. 5º, LXXIII, da CF/1988, fica estabelecido que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Também o parágrafo 2º do art. 74 da CF estatui que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da

lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Oportuno mencionar, outrossim, o § 3º do art. 37 da Constituição, segundo o qual a lei deve disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta, regulando especialmente: (a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, respeitadas as limitações impostas pela própria Constituição, nos incisos X e XXXIII do seu art. 5º; (c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

E assim por diante.

3.2. Conforme o momento de exercício

3.2.1. Controle prévio ou preventivo (a priori)

Diz-se prévio o controle quando exercido antes do início da prática ou antes da conclusão do ato administrativo, constituindo-se em requisito para a validade ou para a produção de efeitos do ato controlado.

Exemplo de controle prévio é a autorização do Senado Federal necessária para que a União, os Estados, o DF ou os Municípios possam contrair empréstimos externos.

É também exemplo a aprovação, pelo Senado Federal, da escolha de ministros dos tribunais superiores, do Procurador-Geral da República, do presidente do Banco Central etc., conforme previsto no art. 52 da CF/1988. A aprovação ali referida é um ato de controle prévio, pois precede a nomeação dos citados agentes públicos, conforme se depreende da leitura do art. 84, XIV, da CF.

Por último, pode-se citar como controle prévio a concessão de uma medida liminar em mandado de segurança preventivo que impeça a prática ou a conclusão de um ato administrativo que o administrado entenda ferir direito líquido e certo seu.

3.2.2. Controle concomitante

O controle concomitante, como o nome indica, é exercido durante a realização do ato e permite a verificação da regularidade de sua formação.

São exemplos de controle concomitante a fiscalização da execução de um contrato administrativo, a realização de uma auditoria durante a execução do orçamento, o acompanhamento de um concurso pela corregedoria competente etc.

3.2.3. *Controle subsequente ou corretivo*

O controle subsequente, talvez a mais comum das modalidades, é exercido após a conclusão do ato.

Mediante o controle subsequente é possível a correção de defeitos do ato, a declaração de sua nulidade ou mesmo conferir eficácia ao ato.

Exemplos são a homologação de um procedimento licitatório, a homologação de um concurso público, a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar etc.

O controle judicial dos atos administrativos é, regra geral, um controle subsequente.

3.3. **Quanto ao aspecto controlado**

3.3.1. *Controle de legalidade ou de legitimidade*

Por este controle verifica-se se o ato foi praticado em conformidade com a lei. Faz-se o confronto entre uma conduta administrativa e uma norma jurídica, que pode estar na Constituição, na lei ou mesmo em ato administrativo de conteúdo impositivo. É corolário imediato do princípio da legalidade.

Ressalte-se que o controle de legalidade e legitimidade não verifica apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada.

Devem, também, ser apreciados os aspectos relativos à obrigatoria observância dos princípios administrativos, como o princípio da moralidade ou o da finalidade (impessoalidade).

É mister anotar, ainda, que, a partir da EC nº 45/2004, passou a ser expressamente obrigatória a observância, pela Administração Pública, do disposto em súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, reza o art. 103-A, § 3º, da Carta da República que o ato administrativo que contrariar a súmula vinculante aplicável, ou que indevidamente a aplicar, dá ensejo à apresentação de “reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo”.

O controle de legalidade pode ser exercido pela própria Administração que praticou o ato, hipótese em que teremos controle interno de legalidade, no exercício do poder de autotutela.

Pode, também, ser exercido pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função precípua jurisdicional, ou pelo Poder Legislativo, nos casos previstos na Constituição (ambas estas hipóteses são de controle externo). O exame pelo Judiciário, em mandado de segurança, da legalidade de um ato do Executivo e a apreciação pelo Poder Legislativo, por meio do Tribunal de Contas da União, da legalidade dos atos de admissão de pessoal do Executivo são exemplos de controle de legalidade externo.

O exercício do controle de legalidade pode ter como resultado a confirmação ou a rejeição do ato. São instrumentos de controle de legalidade que visam a confirmar a legalidade de um ato ou procedimento a homologação, a aprovação, o visto, ou qualquer outro ato que consubstancie verificação, por autoridade diversa daquela que praticou o ato verificado, quanto à legalidade deste.

A rejeição do ato, vale dizer, a constatação de que houve vício em sua prática, implica a sua anulação. A anulação ocorre nos casos em que existe ilegalidade no ato administrativo e, por isso, pode ser feita pela própria Administração (controle interno) ou pelo Poder Judiciário (controle externo). A anulação do ato, uma vez que este ofende a lei ou princípios administrativos, opera efeitos retroativos, *ex tunc*, isto é, retroage à origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes.

É importante atentar para o fato de que nem sempre um vício ou defeito no ato acarretará sua anulação. A doutrina administrativista, mesmo antes da Lei nº 9.784/1999, vinha propugnando a legitimidade de a Administração “corrigir” determinados atos praticados com defeitos menores, denominados vícios sanáveis (alguns autores chamam de “atos anuláveis” os atos que têm vícios dessa natureza), e, a partir da publicação dessa lei, praticamente encerrou-se a discussão sobre a possibilidade de convalidação desses atos administrativos. O art. 55 da Lei nº 9.784/1999 prevê a possibilidade de convalidação expressa, por iniciativa discricionária da Administração, quando o ato tenha sido praticado com **defeitos sanáveis**, e desde que não acarrete lesão ao interesse público ou a terceiros.

Há uma outra possibilidade de convalidação prevista na Lei nº 9.784/1999, mas nada tem ela a ver com controle de legalidade, ou melhor, ela impede que esse controle seja feito. Trata-se do disposto no art. 54 dessa lei, segundo o qual, quando os efeitos do ato viciado forem favoráveis ao administrado (qualquer que seja o vício), a Administração dispõe de cinco anos para anulá-lo. É um prazo decadencial. Findo esse prazo sem manifestação da Administração, a decadência do direito de anulá-lo importará convalidação do ato, tornando-se definitivos os efeitos dele decorrentes, salvo comprovada má-fé do beneficiário (o ônus da prova é da Administração). Trata-se de hipótese de convalidação por decurso de prazo, decorrente de omissão da

Administração, ou seja, de situação em que a Administração não efetuou o controle de legalidade e não mais poderá fazê-lo, em razão da decadência de seu direito de anular o ato viciado.

Em resumo, mediante o controle de legalidade ou legitimidade, a Administração, ou o Poder Judiciário e, nos casos expressos na Constituição, o Poder Legislativo, confirmam a validade ou declaram a nulidade de atos administrativos ilegais ou ilegítimos. No âmbito desse controle é possível, ainda, a convalidação do ato, pela Administração, na hipótese de atos praticados com defeitos sanáveis (e que não acarretem lesão ao interesse público ou a terceiros).

3.3.2. *Controle de mérito*

O controle de mérito visa a verificar a oportunidade e a conveniência administrativas do ato controlado. Trata-se, portanto, de atuação discricionária, exercida, igualmente, sobre atos discricionários.

O controle de mérito propriamente dito é um controle administrativo que, como regra, compete exclusivamente ao próprio Poder que, atuando na função de Administração Pública, editou o ato administrativo.

Excepcionalmente, e apenas nos casos expressos na Constituição da República, o Poder Legislativo tem competência para exercer controle de mérito sobre atos praticados pelo Poder Executivo (e pelo Poder Judiciário, no exercício de função administrativa). Trata-se de um controle sobretudo político, mas costuma ser enquadrado como controle de mérito pelos administrativistas, no intuito de ressaltar o fato de que não se trata de um simples controle de legalidade (o Poder Legislativo também exerce controle de legalidade sobre os atos administrativos praticados pelos demais Poderes, conforme se estudará adiante). Nas hipóteses de controle político, o Poder Legislativo atua com discricionariedade. São exemplos as diversas situações em que é necessária uma autorização prévia ou aprovação do Legislativo para a prática de algum ato pelo Executivo, como ocorre na apreciação pelo Senado dos nomes escolhidos pelo Presidente da República para presidente e diretores do Banco Central.

Tradicionalmente afirma-se não caber ao Poder Judiciário exercer controle de mérito sobre atos praticados pelo Poder Executivo (tampouco pelo Legislativo, no exercício de função administrativa). Essa afirmação está absolutamente correta, mas deve ser entendida em seus corretos termos.

Com efeito, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo (e sobre os atos administrativos praticados pelo Legislativo) é, **sempre**, um controle de legalidade e legitimidade. Se o Judiciário entender que

o ato é ilegal ou ilegítimo, promoverá sua anulação, **nunca** sua **revogação**, porque esta refere-se a juízo de oportunidade e conveniência administrativas concernente a atos discricionários, e não à apreciação da validade do ato.

O resultado do exercício do controle de mérito é, portanto, exclusivamente, a **revogação**, pela Administração, de atos discricionários por ela própria regularmente editados; atos plenamente válidos que passaram a ser considerados inconvenientes. Assim, o Poder Judiciário nunca realiza controle de mérito de ato praticado por outro Poder.

O que se vem de afirmar não deve ser confundido com o controle de legalidade ou legitimidade que o Judiciário exerce sobre os limites da **válida atuação discricionária** da Administração Pública.

Deveras, a doutrina usualmente afirma que os princípios administrativos fundamentais, especialmente os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, são eficazes instrumentos de controle da discricionariedade administrativa. Isso significa, tão-somente, que, com base em princípios jurídicos, o Poder Judiciário pode decidir, em um determinado caso, que um ato administrativo que a Administração alegava haver editado no uso legítimo de seu poder discricionário foi, na verdade, praticado com abuso de poder, além dos limites da válida atuação discricionária que a lei, naquele caso, possibilitava à administração.

Simplificadamente, o Judiciário poderá decidir que a atuação discricionária que a Administração alega ter sido legítima foi, na verdade, uma atuação fora da esfera legal de discricionariedade, foi uma atuação, simplesmente, ilegal ou ilegítima.

Portanto, pode ocorrer de o Poder Judiciário, por exemplo, **anular** um ato administrativo de aplicação de uma penalidade disciplinar por entender a sanção desproporcional aos motivos declarados pela Administração, ou **anular** um ato administrativo de dispensa de licitação por considerar inexistente a alegada situação emergencial apontada como motivo pela Administração etc.

Deve-se frisar bem que o Judiciário não estará interferindo em uma eventual avaliação feita pelo Poder Executivo (ou pelo Poder Legislativo no exercício de função administrativa) quanto à oportunidade e à conveniência administrativas da prática de um ato discricionário. O que o Judiciário pode fazer, e tem feito, é declarar **ilegal** um ato que, a pretexto de basear-se em valoração de oportunidade e conveniência, esteja malferindo princípios jurídicos, especialmente os da razoabilidade e proporcionalidade.

Deve restar claro, outrossim, que em tais situações o resultado da atividade jurisdicional é a **anulação** do ato administrativo viciado. Em nenhuma hipótese é possível a **revogação**, pelo Poder Judiciário, de atos praticados pelo Poder Executivo (ou pelo Poder Legislativo).

O resultado do exercício do controle de mérito realizado pela Administração é, portanto, a **revogação** de atos discricionários por ela própria regularmente editados. A revogação retira do mundo jurídico atos válidos, legítimos, sem vícios, mas que a Administração considera terem-se tornado inconvenientes ou inoportunos. Esse juízo e a conseqüente revogação do ato, repita-se, é exclusivo da própria Administração que praticou o ato que será revogado.

Na lição do Professor Hely Lopes Meirelles, “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.” Entende a Administração que o ato tornou-se inconveniente ao interesse público.

A revogação tem por fundamento o poder discricionário. Somente pode ser realizada pela própria Administração e pode, em princípio, alcançar qualquer ato discricionário, resguardados, entretanto, os direitos adquiridos. Em todos os casos, como o ato revogado era um ato válido, sua revogação somente pode produzir efeitos prospectivos, *ex nunc*.

Cabe, por fim, reforçar um ponto acima aludido: todos os Poderes têm competência para revogar os atos administrativos por eles próprios editados. Embora os atos administrativos sejam tipicamente atos do Poder Executivo (em virtude de sua função precípua), todos os Poderes, em exercício de funções atípicas ou secundárias, editam atos administrativos.

Assim, é correto afirmarmos, como acima, que o Poder Judiciário jamais revogará um ato administrativo no exercício de sua função típica jurisdicional (o Poder Judiciário jamais revogará um ato administrativo editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo).

Entretanto, os atos administrativos editados pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de suas funções administrativas, somente poderão ser revogados por ele próprio (Judiciário), ressaltando-se que, ao revogar seus próprios atos administrativos, o Judiciário não estará exercendo função jurisdicional, mas sim administrativa (estará considerando inoportuno ou inconveniente o ato administrativo por ele editado).

3.4. Quanto à amplitude

3.4.1. Controle hierárquico

O controle hierárquico é típico do Poder Executivo, sendo, sempre, um controle interno. Resulta o controle hierárquico do escalonamento vertical dos órgãos da Administração Direta ou das unidades integrantes das entidades da Administração Indireta.

Assim, na Administração Direta federal, os ministérios exercem controle hierárquico sobre suas secretarias, as quais, por sua vez, controlam hierarquicamente suas superintendências, que exercem controle hierárquico sobre suas delegacias e assim por diante. No âmbito interno de uma entidade da Administração Indireta é, também exercido o controle hierárquico. Assim, o presidente de uma autarquia controla os atos dos superintendentes seus subordinados. Esses exercem controle hierárquico sobre os atos dos chefes de departamentos a eles subordinados e assim por diante.

Em resumo, sempre que, dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica (no caso da Administração Direta federal, a União), houver escalonamento vertical de órgãos, departamentos, ou quaisquer outras unidades desconcentradas e, portanto, despessoalizadas, haverá controle hierárquico do superior sobre os atos praticados pelos subalternos.

Em razão de sua natureza, o controle hierárquico é pleno (irrestrito), permanente e automático (não depende de norma específica que o estabeleça ou autorize).

Por meio do controle hierárquico podem ser verificados todos os aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subalternos a determinado agente ou órgão.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, para o exercício do controle hierárquico são necessárias as faculdades de supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas. É também fundamental que os agentes responsáveis pelo controle possuam meios corretivos dos desvios e irregularidades verificados.

3.4.2. *Controle finalístico*

O controle finalístico é aquele exercido pela Administração Direta sobre as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta.

Como resultado da descentralização administrativa, compõem a Administração Pública não só os órgãos da Administração Direta, que integram a estrutura organizacional de uma única pessoa (a União, cada um dos estados, o DF, cada um dos municípios), mas também outras pessoas jurídicas, com autonomia administrativa e financeira, vinculadas (e não subordinadas) à Administração Direta. Assim, na Administração Pública federal, temos a Administração Direta federal (centralizada), composta por órgãos despessoalizados inseridos na estrutura orgânica da pessoa política União, e a Administração Indireta federal, composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais, vinculadas a um ministério relacionado às atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica.

Em razão da autonomia administrativa mencionada, o controle das entidades da Administração Indireta em muito difere do controle hierárquico pleno e automático acima descrito.

Com efeito, o controle finalístico depende de norma legal que o estabeleça, determine os meios de controle, os aspectos a serem controlados e as ocasiões de realização do controle. Deve, ainda, ser indicada a autoridade controladora e as finalidades objetivadas.

Em resumo, o controle finalístico, uma vez que fundamentado numa relação de vinculação entre pessoas (e não em subordinação entre órgãos ou agentes), é um controle limitado e teleológico, ou seja, restringe-se à verificação do enquadramento da entidade controlada no programa geral do governo e à avaliação objetiva do atingimento, pela entidade, de suas finalidades estatutárias.

O controle finalístico, segundo a doutrina, deriva do denominado poder de **tutela**. O Decreto-Lei nº 200/1967, que se aplica à Administração federal, refere-se a ele como **supervisão ministerial**. Embora essa expressão ainda seja usada, é oportuno registrar que nem todas as entidades da Administração Indireta federal são vinculadas especificamente a um ministério. Há entidades da Administração Indireta federal que são vinculadas diretamente à Presidência da República. Em qualquer caso, o controle que a Administração Direta federal exerce sobre a Administração Indireta federal costuma ser chamado supervisão ministerial e, como o controle que todas as Administrações Diretas exercem sobre as entidades das respectivas Administrações Indiretas, é um controle finalístico, fundado no poder de tutela.

É interessante anotar a posição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o emérito administrativista, o controle finalístico exercido em condições normais precisa estar expressamente previsto em lei (entendimento doutrinário amplamente majoritário). Ressalta, entretanto, que, em situações excepcionais, de condutas patentemente aberrantes de entidades da Administração Indireta, cabe o controle por parte da Administração Direta, mesmo na ausência de expressa previsão legal. Trata-se daquilo que o autor denomina **tutela extraordinária**. Reproduzimos este trecho de sua doutrina, que, conquanto verse especificamente o controle das autarquias, pode ser aplicado a todas as entidades da Administração Indireta:

“Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração, criando tais sujeitos como pessoas diferentes do Estado, ou seja, como entidades da Administração indireta, o Executivo não poderia, por si mesmo,

recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada tutela ordinária. Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, o que denominam de tutela extraordinária.”

4. CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO SOBRE SEUS PRÓPRIOS ATOS (CONTROLE ADMINISTRATIVO)

O controle que a própria Administração realiza sobre suas atividades, por ser a forma mais comum de controle, é simplesmente denominado controle administrativo, expressão que utilizaremos, de agora em diante, com esse significado.

Controle administrativo é o exercido pelo Poder Executivo e pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias condutas, tendo em vista aspectos de legalidade ou de conveniência (mérito).

O controle administrativo típico é aquele realizado pelo Poder Executivo sobre os atos emanados de seus próprios órgãos e entidades. Entretanto, o Legislativo e o Judiciário também realizam controle administrativo, quando fiscalizam os atos administrativos editados pelos seus órgãos. Assim, quando o Poder Legislativo aprecia a legitimidade de um ato administrativo oriundo de um dos seus próprios órgãos (a nomeação de um servidor pela Câmara dos Deputados, por exemplo), esse controle é do tipo administrativo. É também controle administrativo aquele exercido pelo Judiciário sobre seus próprios atos de natureza administrativa (realizados no curso de um procedimento licitatório, por exemplo).

O controle administrativo é um controle de legalidade e de mérito. É sempre um **controle interno**, porque é realizado por órgãos integrantes do mesmo Poder que praticou o ato. Deriva do poder-dever de **autotutela** que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes, cuja expressão está sintetizada na lapidar Súmula 473 do STF, com esta redação: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

O exercício do controle administrativo, de uma forma geral, concretiza-se mediante as atividades de fiscalização e os recursos administrativos.

A fiscalização independe de provocação e pode ocorrer no âmbito do controle hierárquico e do controle finalístico, já comentados acima.

Os recursos administrativos costumam ser classificados como recursos hierárquicos próprios e recursos hierárquicos impróprios

Para os Professores Maria Sylvia Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, **recurso hierárquico próprio** é aquele dirigido à autoridade ou instância imediatamente superior, **dentro do mesmo órgão** em que o ato foi praticado. Assim, um recurso dirigido ao Superintendente da Receita Federal contra ato praticado por Delegado da Receita Federal a ele subordinado é recurso hierárquico próprio. Diferentemente, para esses autores, um recurso contra decisão das Delegacias de Julgamento da Secretaria da Receita Federal, cuja apreciação incumbe ao Conselho de Contribuintes (órgão integrante do Ministério da Fazenda, mas sem relação hierárquica com a Secretaria da Receita Federal), seria um recurso hierárquico **impróprio**, apesar de ambos os órgãos (Secretaria da Receita Federal e Conselho de Contribuintes) integrem a mesma pessoa jurídica (União).

Vale mencionar que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello adota classificação diferente. Para o ilustre publicista, todos os recursos apreciados por órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica em que esteja inserido o órgão que praticou o ato recorrido são recursos hierárquicos próprios.¹

Os **recursos hierárquicos impróprios**, segundo a lição de Maria Sylvia Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, são recursos dirigidos a órgãos estranhos àquele de onde se originou o ato impugnado (o termo “impróprio” denota que entre o órgão de que emanou o ato recorrido e o órgão a que se endereça o recurso não há relação hierárquica, embora eles possam integrar a mesma pessoa jurídica).²

¹ Transcrevemos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (“Curso de Direito Administrativo”, 13ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 113):

“Os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio.”

² Transcrevemos este trecho, de lavra de Maria Sylvia Di Pietro (“Direito Administrativo”, 20ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2007, p. 680):

“O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado **impróprio**. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente de autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo, dependendo do que estabeleça a lei. É o caso também de recursos

Para esses autores são recursos hierárquicos impróprios tanto os recursos aos Conselhos de Contribuintes, por exemplo, quanto um recurso interposto contra um ato de uma entidade da Administração Indireta ao titular do ministério a que ela esteja vinculada. Pela definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, somente a segunda espécie – o recurso à Administração Direta contra ato de entidade da Administração Indireta a ela vinculada – enquadrar-se-ia como recurso hierárquico impróprio.

A doutrina em geral menciona, ainda, outras formas de provocação da Administração pelos administrados, inseridas no amplo direito fundamental previsto no inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição, conhecido como “**direito de petição**”. As leis que tratam dessas modalidades de pleitos administrativos são esparsas e assistemáticas e a doutrina discrepa acerca da definição de cada uma. Mencionaremos algumas espécies de petição, conforme os conceitos prelecionados por Maria Sylvania Di Pietro.

A **representação** é a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração. Para os particulares ela é um direito e para os servidores públicos em geral ela é um dever. No caso dos servidores federais estatutários o dever de representação está previsto no art. 116, inciso XII, da Lei nº 8.112/1990. Na hipótese de abuso de autoridade a representação está disciplinada na Lei nº 4.898/1965.

No seu art. 74, § 2º, a Constituição Federal prevê uma hipótese ampla de representação ao Tribunal de Contas da União. Vale observar que, embora possa ser enquadrada como hipótese de representação, a palavra utilizada pelo constituinte foi **denúncia**. É a seguinte a redação do preceito em comento: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.” Para Celso Antônio B. de Mello, **denúncia** é o “designativo utilizado para hipótese similar [à representação], na qual, todavia, prepondera o intuito de alertar a autoridade competente para conduta administrativa apresentada como censurável”.

A **reclamação administrativa** é uma expressão bastante genérica, utilizada para referir qualquer forma de manifestação de discordância do administrado contra um ato da Administração. A Professora Maria Sylvania Di Pietro formula uma definição ampla de reclamação nestes termos: “é o ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão.”

interpostos perante tribunais administrativos, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Conselho de Contribuintes.”

A Lei nº 9.784/1999 utiliza o vocábulo “reclamações” em acepção genérica, a nosso ver, como sinônimo de petição, em seu art. 48, cuja redação é: “a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. Vale lembrar, ainda, que o Código Tributário Nacional, em seu art. 151, inciso III, emprega também o termo “reclamações” com o significado de “impugnação administrativa”, forma de instauração dos denominados processos administrativos fiscais ou tributários.

Pedido de reconsideração é a solicitação feita à própria autoridade que proferiu a decisão ou emitiu o ato para que ela o submeta a uma nova apreciação. É interessante assinalar que a Lei nº 9.784/1999, que traça a disciplina geral dos processos administrativos na esfera federal, estabeleceu como regra geral a possibilidade de reconsideração. Na verdade, a lei fez mais do que isso: ela prevê que, independentemente de pedido de reconsideração expresso, o recurso hierárquico interposto pelo administrado acarreta para a autoridade recorrida o dever de verificar se é cabível reconsideração, antes de encaminhar o recurso à autoridade competente para sua apreciação. Transcreve-se, para visualização dessa regra, o art. 56, e seu § 1º, da Lei nº 9.784/1999 (grifamos):

“Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à **autoridade que proferiu a decisão**, a qual, **se não a reconsiderar no prazo de cinco dias**, o encaminhará à autoridade superior.”

Por último, **revisão** é a petição utilizada em face de uma decisão administrativa que implique aplicação de sanção, visando a desfazê-la ou abrandá-la, desde que se apresentem fatos novos que demonstrem a inadequação da penalidade aplicada.

No caso específico do processo administrativo disciplinar federal, a revisão está prevista nos arts. 174 a 182 da Lei nº 8.112/1990. O art. 174 estabelece: “o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”.

De modo mais amplo, a Lei nº 9.784/1999 dispõe, em seu art. 65: “Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.”

4.1. Processos administrativos

Como vimos, a Administração pode e deve corrigir seus atos defeituosos, em decorrência do poder de autotutela que possui sobre seus atos.

Uma das formas mediante a qual se possibilita o exercício desse verdadeiro poder-dever consubstancia-se nos denominados **processos administrativos**. A instauração de processos administrativos é um meio colocado à disposição dos administrados para que eles provoquem a Administração com o intuito de ver alterados ou anulados decisões ou atos administrativos que digam respeito a relações jurídicas em que estejam envolvidos. Utilizamos, aqui, a expressão “processos administrativos” em sentido amplo, abrangendo qualquer procedimento da Administração desencadeado por alguma das diversas hipóteses de reclamações, impugnações e petições em geral, visando a provocar a apreciação de questões de interesse dos administrados pela própria Administração.

Assim, os processos administrativos possuem uma dupla função: atendem ao interesse público, provocando a Administração a rever seus atos e, sendo o caso, anulá-los ou modificá-los; e representam um meio célere e gratuito à disposição dos administrados para a prevenção ou a correção de lesões a seus direitos.

A Constituição de 1988 reconheceu, de forma indiscutível, a importância dos processos administrativos ao estender a eles, expressamente, diversos dos princípios norteadores dos processos em geral, sobretudo os princípios que atribuem garantias fundamentais aos administrados. O exemplo mais marcante é o princípio do contraditório e ampla defesa, aplicável aos processos administrativos por força do literalmente estabelecido no art. 5º, inciso LV, da Carta da República. Mais recentemente, com a promulgação da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004 (que veiculou parte da denominada “Reforma do Judiciário”), foi acentuada a importância dos processos administrativos, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, que tem esta redação: “a todos, no âmbito judicial e **administrativo**, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Embora a instauração de processos administrativos seja uma faculdade do administrado, a opção deste pela utilização da via judicial implica renúncia à esfera administrativa, ou desistência do processo administrativo acaso em tramitação, no qual esteja sendo discutida a mesma matéria que o administrado resolveu submeter à apreciação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar válida norma legal que estabelece que a utilização de ação judicial pelo sujeito passivo acarreta a impossibilidade de discussão da mesma matéria na via administrativa. Tratava-se, especifica-

mente, de questionamento acerca da constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980 (“A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.”).

Decidiu a Corte Suprema que essa regra é legítima, e não fere a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário, nem o direito de petição (RE 233.582/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 16.08.2007). A nosso ver, essa orientação pode ser generalizada, isto é, podemos afirmar que é constitucional, e não ofende o inciso XXXV do art. 5º da Carta de 1988, regra legal que impeça o sujeito passivo de litigar, simultaneamente, discutindo a mesma matéria, nas esferas administrativa e judicial, prevalecendo esta sobre aquela, vale dizer, a opção pela via judicial implica renúncia à esfera administrativa e, se o recurso administrativo já houver sido proposto, acarreta sua extinção imediata, sem apreciação do mérito.

Havia grande controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de exigência de garantia pela Administração para a admissibilidade de recursos administrativos. Algumas leis consignam a obrigatoriedade de a parte interessada oferecer garantia, normalmente depósito prévio, para que seu recurso seja admitido e apreciado.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser **inconstitucional** a exigência, mesmo que estabelecida em lei, de depósito prévio, arrolamento de bens e qualquer outra imposição onerosa, ou que implique constrição patrimonial, como **condição de admissibilidade de recursos** em processos administrativos concernentes a **tributos**. Considerou a Corte Suprema, basicamente, que exigências dessa ordem configuram ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição (“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”), e também ao seu art. 5º, XXXIV, “a”, que garante, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição – gênero no qual reclamações, impugnações e recursos administrativos estão inseridos.³

Os recursos administrativos, regra geral, possuem efeito apenas devolutivo. Só se considera que possuam efeito suspensivo quando a lei expressamente o menciona. No silêncio da lei, o efeito é apenas devolutivo, ou seja, o ato impugnado continua produzindo seus efeitos até que a decisão do recurso, se for o caso, declare o ato ilegal ou ilegítimo. Essa regra, na esfera federal, encontra-se expressa no art. 61 da Lei nº 9.784/1999, que assim dispõe:

³ RREE 388.359/PE, 389.383/SP, 390.513/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 28.03.2007; AI-AgR 398.933/RJ e AI-AgR 408.914/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 28.03.2007; ADI 1.922/DF e ADI 1.976/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.03.2007.

“Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.”

Os recursos administrativos são regidos por princípios bastante diversos daqueles que orientam os processos judiciais. Conforme a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, podemos identificar os seguintes princípios a nortear os recursos e processos administrativos.

4.1.1. *Legalidade objetiva*

Este princípio, decorrência do próprio princípio da legalidade, que informa a atuação de toda a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), exige que o processo administrativo seja instaurado e conduzido com base na lei e com a finalidade de preservar o império da lei. Inexistindo norma legal que o preveja, ou sendo conduzido contrariamente à lei, nulo é o processo.

4.1.2. *Oficialidade*

Também conhecido como princípio do impulso oficial do processo, informa que é sempre à Administração que compete a movimentação do processo administrativo, ainda que inicialmente provocado pelo particular. Uma vez iniciado, o processo passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete dar a ele prosseguimento, até a decisão final. Aqui observamos ser a regra diametralmente oposta à relativa ao processo civil. Neste, o impulso do processo compete às partes, geralmente ocorrendo a paralisação do processo por inatividade da parte, com graves prejuízos à parte que tenha dado causa à paralisação. O princípio da oficialidade permite que os agentes administrativos encarregados do processo atuem, de ofício, na tomada de depoimentos, na inspeção de lugares e bens, na realização de diligências etc.

4.1.3. *Informalismo*

Os atos a serem praticados no processo, mormente os atos a cargo do particular, não exigem forma ou formalidades especiais.

Em regra, os atos processuais devem simplesmente adotar forma que possibilite assegurar a certeza jurídica, a segurança processual e, se forem atos que

possam implicar restrições ao administrado, o contraditório e a ampla defesa (por exemplo, os atos processuais devem ser escritos ou, se admitidos atos orais, seu conteúdo deve ser reduzido a termo, isto é, passado a escrito).

É importante frisar, entretanto, que se trata de regra geral; na hipótese de existir norma legal estabelecendo expressamente, como condição essencial à validade de determinado ato processual, alguma forma ou formalidade específica, deverá ela ser observada sob pena de nulidade do ato.

Sempre que possível, deve-se interpretar o princípio do informalismo em favor do particular, inclusive porque ele pode estar atuando no processo pessoalmente, sem acompanhamento por advogado.⁴

Por último, registramos que o princípio do informalismo é um importante ponto de distinção entre os processos judiciais e os administrativos; nos processos judiciais, como regra, vigora o princípio da formalidade dos atos processuais.

4.1.4. *Verdade material*

Este princípio é, talvez, o mais característico dos processos administrativos e representa uma de suas principais diferenças em relação aos judiciais.

No processo administrativo importa conhecer o fato efetivamente ocorrido. Importa saber como se deu o fato no mundo real. No processo judicial, pelo menos na esfera civil, importa a chamada verdade formal ou verdade dos autos (o juiz somente aprecia os fatos e provas apresentados pelas partes, mesmo assim, se apresentados na ocasião apropriada para tal). Diz-se, comumente, nos processos judiciais: “o que não está nos autos não está no mundo” – entenda-se, mundo jurídico.

Nos processos administrativos, entretanto, a Administração pode valer-se de qualquer prova (lícita, evidentemente) de que venha a ter conhecimento, em qualquer fase do processo (regra geral). A autoridade processante ou julgadora administrativa pode conhecer provas apresentadas pelo particular ou por terceiros, ou ainda pela própria Administração, até o julgamento final, ainda que produzidas em outro processo administrativo ou judicial.

Decorre, também, do princípio da verdade material, a possibilidade de, nos processos administrativos, ser decidido um recurso provocado pelo particular reformando a decisão inicial desfavoravelmente a ele.

⁴ Especificamente acerca dos processos administrativos disciplinares (PAD), cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, explicitando a desnecessidade de acompanhamento por advogado. É a seguinte a redação da Súmula Vinculante nº 5 do STF: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

Exemplificando: é possível que, em um processo administrativo fiscal, um contribuinte tenha obtido decisão de primeira instância parcialmente favorável. Digamos, manteve-se a cobrança de um imposto mas entendeu-se indevida a multa aplicada no auto de infração. Se esse contribuinte, considerando indevida também a cobrança do imposto, ingressar com recurso administrativo contra tal cobrança, a segunda instância pode proferir decisão considerando devido o imposto e também a multa que houvera sido julgada improcedente na primeira instância. A esta possibilidade dá-se o nome *reformatio in pejus* (“reforma em prejuízo”), a qual é inadmissível, por exemplo, nos processos judiciais criminais.

A Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo federal, admite expressamente a *reformatio in pejus* nos recursos administrativos, exigindo apenas que, no caso de haver gravame ao recorrente, a autoridade julgadora dê ciência do fato para que o interessado apresente suas alegações (art. 64). Enfim, a Lei admite a *reformatio in pejus*, mas determina que o interessado seja cientificado da sua ocorrência, para o fim de apresentar suas alegações.

A mesma Lei, porém, **não** admite o agravamento da situação do interessado (*reformatio in pejus*) na hipótese do processo de **revisão**, quando o interessado intenta reduzir ou suprimir sanção aplicada em processo já terminado, mediante a apresentação de fatos novos ou circunstâncias relevantes (art. 65, parágrafo único).

4.1.5. *Contraditório e ampla defesa*

Este princípio é comum a todos os tipos de processos, judiciais e administrativos, estando expresso na Constituição, art. 5º, inciso LV. É decorrência de outro princípio processual maior, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), insculpido no inciso LIV do mesmo artigo.

A expressão destes princípios é muito semelhante, por isso, comumente, fala-se, conjuntamente, em contraditório e ampla defesa. Tecnicamente podemos afirmar que ampla defesa refere-se à possibilidade de utilização de todos os meios lícitos, pelo acusado, para provar sua inocência e da necessidade de que ao acusado sejam apresentados todos os fatos a ele imputados e provas contra ele produzidas, além de possibilitar-se a ele o acompanhamento da instrução do processo.

Por contraditório entende-se a necessidade de que seja dada ao acusado a oportunidade de manifestar-se a respeito de todos os fatos a ele imputados e de todas as provas contra ele produzidas, contraditando-os sempre que desejar. São corolários do contraditório a contestação, a redarguição de testemunhas, a impugnação de atos etc.

O cerceamento de defesa, em qualquer fase do processo, acarreta sua nulidade relativamente a todos os atos subseqüentes (quando isso for possível. Caso contrário, acarreta a nulidade de todo o processo).

5. CONTROLE LEGISLATIVO

O controle legislativo, ou parlamentar, é o exercido pelos órgãos legislativos ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Poder Executivo. O controle parlamentar, em respeito ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, cláusula pétrea de nosso ordenamento, insculpido no art. 2º da CF/1988, somente se verifica nas situações e nos limites expressamente previstos no próprio texto constitucional.

Como indica sua definição, o controle legislativo é um controle externo. O controle legislativo configura-se, sobretudo, como um controle político, razão pela qual podem ser controlados aspectos relativos à legalidade e à conveniência pública dos atos do Poder Executivo que estejam sendo controlados.

A previsão genérica da possibilidade de controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo encontra-se no art. 49, X, da CF/1988, segundo o qual compete ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Embora a literalidade deste dispositivo pudesse gerar a impressão de que o controle parlamentar fosse ilimitado, não podemos esquecer a natureza política desse controle, uma vez que não há poder de hierarquia ou de tutela do Legislativo sobre o Executivo e, sobretudo, repise-se, há que sempre ser respeitada a independência e a harmonia entre os Poderes, o que não seria possível se relações de subordinação entre eles houvesse.

Feitas essas observações, passaremos a enumerar, acompanhados dos comentários que se fizerem necessários, os principais dispositivos da CF/1988 que estabelecem hipóteses ou mecanismos de controle legislativo.

O art. 49, V, da CF/1988 estabelece a competência do Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Esse importantíssimo inciso deve ser interpretado em conjunção com os arts. 68, § 2º, e 84, IV, da Constituição, que declara o Presidente da República competente para editar decretos e regulamentos visando a assegurar o fiel cumprimento das leis. Vale lembrar que, a partir da EC nº 32/2001, passaram a existir em nosso ordenamento decretos autônomos, que deverão disciplinar as seguintes

matérias (matérias submetidas à denominada “reserva de Administração”), descritas no art. 84, VI, da Constituição: organização e funcionamento da Administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de cargos ou funções públicas, quando vagos.

A parte final do inciso V do art. 49 (“exorbitância dos limites de delegação legislativa”) cuida da chamada delegação legislativa, vale dizer, da autorização constitucional para que o Congresso Nacional delegue ao Presidente da República a competência para a edição das chamadas leis delegadas. A delegação terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu **conteúdo** e os termos de seu exercício (CF, art. 68, § 2º). Caso o Presidente da República exorbite dos limites da delegação que lhe foi conferida pelo Congresso Nacional, este poderá sustar o ato daí resultante, nos termos do art. 49, V, da Carta Política.

O controle exercido pelo Poder Legislativo, com base no inciso V do art. 49, será um controle de legalidade e legitimidade, e não de mérito, uma vez que não se está autorizando o Legislativo a apreciar a oportunidade ou a conveniência dos atos praticados pelo Executivo, mas, sim, a sustar aqueles que extrapolem ou contrariem as leis em razão das quais sejam editados.

Outra importante, e bastante ampla, previsão de controle legislativo é a constante do art. 58, § 3º, da CF/88, que trata das comissões parlamentares de inquérito – CPIs. Este dispositivo constitucional estabelece que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e serão criadas para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que este promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Conforme entendimento do STF, a CPI pode, por ato próprio, desde que motivadamente:

- (a) convocar investigados e testemunhas a depor, incluindo autoridades públicas federais, estaduais e municipais;
- (b) determinar as diligências que entender necessárias (é muito comum a solicitação de diligências ao Tribunal de Contas da União, à Secretaria da Receita Federal e à Polícia Federal, nas respectivas áreas de competência);
- (c) requisitar de repartições públicas informações e documentos de seu interesse;
- (d) determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico das pessoas por ela investigadas;
- (e) convocar juízes para depor, desde que a respeito de sua atuação como administrador público (função não-jurisdicional).

Por outro lado, entende o STF que a CPI não pode, por autoridade própria:

- (a) decretar a busca e apreensão domiciliar de documentos;
- (b) determinar a indisponibilidade de bens do investigado;
- (c) decretar a prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância;
- (d) determinar a interceptação (escuta) telefônica (não confundir com a quebra do sigilo dos registros telefônicos);
- (e) convocar magistrados para depor a respeito de sua atuação típica, na função jurisdicional.

Além das hipóteses de controle parlamentar dos atos do Poder Executivo até aqui descritas, há um considerável número de outras situações disciplinadas no texto constitucional, especialmente nos arts. 49 e 52 da Carta. Citamos algumas das que entendemos mais importantes:

- 1) ao Congresso Nacional compete julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX);

Acerca desse dispositivo é relevante registrar que o STF não admite que a Constituição de um Estado-membro estabeleça competência para que a assembléia legislativa (e, no âmbito municipal, a câmara municipal) julgue suas próprias contas, tampouco as contas do tribunal de justiça. Segundo o Pretório Excelso, somente caberia à assembléia legislativa o julgamento das contas do governador (e, à câmara municipal, o julgamento das contas do prefeito).

Isso porque, ressalvado o julgamento das contas do Poder Executivo, as demais apreciações de contas caberiam ao Tribunal de Contas respectivo, por força do art. 75 da Constituição Federal, que estende, obrigatoriamente, aos tribunais de contas dos estados e dos municípios o modelo de organização, composição e fiscalização do Tribunal de Contas da União.

A respeito, veja-se o seguinte julgado do STF: “A norma constitucional estadual que dispensa às contas anuais apresentadas pela Mesa da Assembléia Legislativa o mesmo regime jurídico peculiar às contas do Chefe do Poder Executivo, também atribuindo ao pronunciamento do Tribunal de Contas, no que concerne ao órgão parlamentar, função meramente opinativa, infringe a regra de competência inscrita no art. 71, II, da Carta Política, que investe essa Corte no poder de julgar as contas, mesmo quando apresentadas pelo próprio Poder Legislativo” (RTJ 152/74).

- 2) ao Senado Federal compete aprovar a escolha de magistrados, ministros do TCU, Procurador Geral da República e outras autoridades (art. 52, III);
- 3) ao Senado Federal compete autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 52, V);
- 4) à Câmara dos Deputados compete proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa. (art. 51, II).

Além disso, ao Congresso Nacional, nesta hipótese auxiliado pelo TCU, compete, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70). Dessa importante função de controle exercida pelo Poder Legislativo trataremos separadamente a seguir.

5.1. A fiscalização contábil, financeira e orçamentária na CF/1988

A fiscalização contábil, financeira e orçamentária é exercida sobre os atos de todas as pessoas que administrem bens ou dinheiros públicos. Essa fiscalização costuma ser chamada pelos administrativistas, simplesmente, “controle financeiro”, em sentido amplo.

O art. 70, situado no Capítulo da Constituição relativo ao Poder Legislativo, preceitua:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

Observa-se que há previsão de um controle interno, exercido pelo próprio Poder que esteja gerindo determinado recurso público objeto do controle, e

um controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

O controle interno é um controle pleno, de legalidade, conveniência, oportunidade e eficiência. O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade do emprego dos bens e dinheiros públicos, sendo um controle político de legalidade contábil e financeira.

Esse controle externo, conforme previsão do art. 70 da CF, acima transcrito, tem ênfase no chamado controle financeiro, que se refere à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos, com vistas a preservar o Erário de atividades ilícitas e desonestas.

As áreas alcançadas pelo chamado controle financeiro são: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Na área **contábil**, a preocupação é com a correção da formalização dos registros das receitas e despesas; na área **financeira**, o controle se efetiva por meio do acompanhamento dos depósitos bancários, dos empenhos de despesas, dos pagamentos efetuados, dos ingressos de valores etc.; o controle **orçamentário** diz respeito ao acompanhamento da execução do orçamento, à fiscalização dos registros nas rubricas orçamentárias adequadas etc.; na área **operacional**, controla-se a execução das atividades administrativas em geral, verificando-se a observância dos procedimentos legais e a sua adequação à maior eficiência e economicidade; o controle **patrimonial** incide sobre os bens do patrimônio público, móveis e imóveis, constantes de almoxarifados, de estoques ou que estejam em uso pela Administração.

O controle externo, ao atuar nessas áreas, deverá fiscalizar a regularidade de gestão da coisa pública sob cinco diferentes aspectos: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O controle da **legalidade** confrontará o ato praticado pela Administração com as normas jurídicas de regência, pois toda a atividade administrativa é norteada pelo princípio da legalidade.

O controle da **legitimidade**, segundo a doutrina, aperfeiçoa o controle da legalidade, representando um *plus* em relação a este. Significa afirmar que o controle externo não se restringe ao confronto formal entre o ato e a lei, mas também deve observar se o ato, em sua substância, se ajusta à lei e aos demais princípios que regem uma boa administração.

O controle de **economicidade** verifica a existência da adequação e da compatibilidade na realização das despesas públicas, valorando se o órgão procedeu, na realização da despesa pública, do modo mais econômico, da melhor maneira para se atingir uma adequada relação custo-benefício.

O controle da **aplicação das subvenções** (valores repassados pelo poder público para subsídio e incremento de atividades de interesse social, tais

como assistência social, hospitalar e educacional) preocupa-se em fiscalizar o destino das verbas públicas, bem assim se estas foram utilizadas da melhor maneira pela entidade beneficiária. Assim, se uma escola ou um hospital de natureza privada receberam subvenções para a manutenção de suas atividades, estarão, de pronto, sujeitos ao controle externo.

A **renúncia de receita** deve ser acompanhada de perto pelo controle externo, dada a sua natureza excepcional, pois, de regra, não pode o administrador público deixar de receber recursos que seriam canalizados para a própria coletividade.

5.1.1. *Atribuições dos tribunais de contas*

Questão complexa é determinar a posição dos Tribunais de Contas perante os demais Poderes. Não são eles órgãos do Poder Executivo. Tampouco seriam órgãos do Poder Judiciário, uma vez que a Constituição a eles não outorga a função jurisdicional formal.

Conforme a posição dominante na doutrina os Tribunais de Contas são órgãos da estrutura do Poder Legislativo, auxiliares do Poder Legislativo, mas que não praticam atos de natureza legislativa, mas apenas atos de controle.

Na lição do Prof. Alexandre de Moraes, o Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização.

O art. 71 da Constituição estabelece as competências do Tribunal de Contas da União, nos termos abaixo transcritos:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e

indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

As normas da Constituição Federal relativas ao Tribunal de Contas da União, por força do art. 75 da Carta da República, “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

O controle dos Tribunais de Contas sobre os atos ou contratos da Administração é feito *a posteriori*, salvo as inspeções e auditorias (controle concomitante), que podem ser realizadas a qualquer tempo.

Hely Lopes Meirelles ensina que as atividades dos Tribunais de Contas manifestam-se nas funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas.

A respeito dessas competências do Tribunal de Contas da União, merecem destaque os seguintes pontos.

O primeiro diz respeito à competência da Corte de Contas para “apreciar” e “julgar” as contas públicas.

No tocante às contas do Presidente da República (art. 71, I), a competência do Tribunal de Contas da União é, tão-somente, para **apreciá-las**, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento. Portanto, não cabe ao Tribunal de Contas da União **julgar** as contas do Presidente da República. Serão elas, apenas, apreciadas pelo Tribunal, mediante parecer prévio. Posteriormente, quem as julgará será o Congresso Nacional, por força do art. 49, IX, da CF/88.

Quanto às contas dos demais administradores públicos, o Tribunal de Contas da União dispõe de competência para **julgá-las**, por força do inciso II do art. 71 da Carta Política.

Consideramos importantíssima essa noção a respeito do controle das contas públicas: no tocante às contas do Presidente da República, a competência do Tribunal de Contas da União será, apenas, para apreciá-las, visto que a competência para o julgamento é do Congresso Nacional (CF, art. 71, I c/c art. 49, IX); relativamente às contas dos demais administradores públicos, a competência para o julgamento é do próprio Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, II).

Esse modelo, por força do art. 75 da CF/88, é de observância obrigatória no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em relação às suas Cortes de Contas. Assim, no âmbito estadual, a competência para julgar as contas do Governador será da Assembléia Legislativa, após a apreciação, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias, do Tribunal de Contas do Estado; e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores públicos estaduais será do Tribunal de Contas do Estado. No âmbito municipal, a competência para julgar as contas do Prefeito será da Câmara Municipal, após a apreciação, mediante parecer prévio, no prazo de sessenta dias, do Tribunal de Contas do Estado (ou do Município, onde houver); e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores municipais será da respectiva Corte de Contas.

Em face desse tratamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não pode a Constituição do Estado-membro outorgar à Assembléia Legislativa competência para julgar suas próprias contas, bem assim as contas dos administradores do Poder Judiciário local (ADIn

1.779-PE, rel. Min. Ilmar Galvão, 1º/8/2001), haja vista que essa medida implicaria usurpação de competência do Tribunal de Contas do Estado. Essa mesma vedação é aplicável, no tocante às contas da Câmara Municipal, à Lei Orgânica do Município.

O segundo ponto, palco de relevantes controvérsias, diz respeito à competência para o julgamento das contas da própria Corte de Contas.

Essa controvérsia tem assento constitucional, haja vista que a Constituição Federal de 1988 não dispôs, expressamente, a respeito dessa incumbência, de julgar as contas das Cortes de Contas. Diante do silêncio constitucional, formou-se corrente doutrinária propugnando que caberia à própria Corte de Contas o julgamento de suas contas, sob o fundamento de que a hipótese estaria implicitamente albergada pelo inciso II do art. 71 da Carta Política.

No Distrito Federal, porém, a Lei Orgânica outorgou competência privativa à Câmara Legislativa do Distrito Federal para apreciar e julgar, anualmente, as contas do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

A controvérsia foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, que requereu a declaração da inconstitucionalidade dessa determinação da Lei Orgânica do Distrito Federal (ADIN 1175/DF), sob o fundamento de que estaria havendo usurpação de competência da Corte de Contas, implicitamente reservada no inciso II do art. 71 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a regra da Lei Orgânica do Distrito Federal, sob os seguintes fundamentos: (1) o princípio constitucional impõe a prestação de contas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta; (2) os Tribunais de Contas, embora detenham autonomia, como ordenadores de despesas, possuem o dever de prestar contas a outro órgão; e (3) o crivo feito pelo Poder Legislativo harmoniza-se com a Constituição Federal (ADIN 1175/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, 4/8/2004).

Em outra ação direta, com base no entendimento supracitado, o Tribunal julgou improcedente pedido de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil contra dispositivos da Constituição do Estado do Pará, que atribuíam competência exclusiva à Assembléia Legislativa para julgar as contas do Tribunal de Contas do Estado (ADI 2597/PA, rel. Min. Nelson Jobim, 4/8/2004).

Com fulcro nesses julgados, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não desrespeita a Constituição Federal norma da Constituição do Estado que outorga competência à Assembléia Legislativa para o julgamento das contas da respectiva Corte de Contas. Por força do art. 75 da Constituição Federal, esse entendimento é extensível à

Lei Orgânica do Município, em relação à competência da Câmara Municipal para o julgamento das contas da Corte de Contas municipal, onde houver.

O terceiro diz respeito à diferença que estabeleceu a Constituição para a sua atuação diante de irregularidades apuradas em **ato** e **contrato** administrativos. No caso de **ato** administrativo, cabe ao próprio TCU sustar a sua execução, dando ciência dessa providência à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, X). No caso de **contrato** administrativo, não lhe foi dada, em princípio, essa competência, uma vez que o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Apenas se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas cabíveis para a sustação do contrato é que o TCU adquirirá competência para decidir a respeito (CF, art. 71, §§ 1º e 2º).

O quarto ponto relevante é que as decisões do Tribunal de Contas da União **de que resulte imputação de débito ou multa** são executáveis, pois a própria Constituição lhes conferiu força e eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º).

O quinto ponto que enfatizamos concerne à abrangência da competência prevista no inciso II do art. 71 da Constituição, transcrito acima, especialmente no que tange à denominada **tomada de contas especial**, determinada pelo TCU, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas.

A parte final do inciso II do art. 71 da Constituição estabelece a competência do TCU para “julgar as contas (...) daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Trata-se da competência para proceder à **tomada de contas especial**.⁵

No julgamento dos MS 23.627 e MS 23.875, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o art. 71, inciso II, da Constituição de 1988 não conferiria competência ao TCU para determinar a instauração de tomada de contas especial no âmbito das sociedades de economia mista. Esses julgados versavam sobre

⁵ A tomada de contas especial é um procedimento destinado a apurar fato específico em que haja suspeita de lesão ao erário. Está regulamentada pela Instrução Normativa TCU no 13, de 04/12/1996, alterada pelas Instruções Normativas TCU no 20, de 04/03/1998; no 35, de 23/08/2000; no 38, de 13/12/2000; e no 41, de 15/05/2002 (acessíveis na página do TCU na internet, endereço www.tcu.gov.br). Difere da tomada de contas ordinária e da prestação de contas ordinária, exigidas anualmente de toda a Administração Pública, Direta e Indireta, independentemente de suspeita de prejuízo aos cofres públicos. A prestação de contas ordinária e a tomada de contas ordinária têm base na parte inicial do inciso II do art. 71 da Constituição, ao passo que a tomada de contas especial possui fundamento na parte final desse mesmo inciso. Segundo o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, toda a Administração Pública, incluídas todas as entidades da Administração Indireta, independentemente de sua forma jurídica e da natureza de suas atividades, está sujeita não só à tomada de contas ordinária e à prestação de contas ordinária, mas também à tomada de contas especial.

questão envolvendo o Banco do Brasil. Neles, foi afirmado, genericamente, sem distinguir entre as atividades desenvolvidas pela entidade, que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens de natureza privada, distintos dos bens do Estado, e que isso seria motivo para afastar a incidência do art. 71, inciso II (parte final), da Constituição. No Informativo 259 do STF, a notícia foi dada nestes termos (grifamos):

“Concluindo o julgamento de dois mandados de segurança (v. Informativo 250), o Tribunal, por maioria, decidiu que não é aplicável o instituto da tomada de contas especial ao Banco do Brasil S/A, sociedade de economia mista. Tratava-se, na espécie, de julgamento conjunto de dois mandados de segurança impetrados pelo Banco do Brasil S/A contra atos do Tribunal de Contas da União – TCU (Decisões 854/97 e 664/98) que determinaram ao mesmo Banco que instaurasse, contra seus empregados, tomada de contas especial visando a apuração de fatos, identificação de responsáveis e quantificação de dano aos próprios cofres relativamente à assunção, por agência, de dívida pessoal de ex-gerente, e ao prejuízo causado em decorrência de operações realizadas no mercado de futuro de índices BOVESPA. O Tribunal entendeu que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens privados que não se confundem com os bens do Estado, de modo que não se aplica à espécie o art. 71, II, da CF, que fixa a competência do TCU para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.” (MS 23.627-DF e MS 23.875-DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/acórdão Min. Ilmar Galvão, 7.3.2002.)

Essa posição do STF sofreu muitas críticas, porque restringia a competência do TCU de uma forma aparentemente contrária ao espírito da Constituição, no que respeita à proteção da coisa pública, e à própria letra do dispositivo. Com efeito, a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição é bastante abrangente. Em lugar nenhum logramos vislumbrar a limitação que a Corte Suprema entendera existir, qual seja, a de que a disposição constitucional só se aplicaria a lesões que envolvessem bens públicos.

Posteriormente, entretanto, **o Supremo Tribunal Federal modificou inteiramente sua posição sobre o tema.** Com efeito, passou o Pretório Maior a propugnar a aplicação do instituto da tomada de contas especial a todas as sociedades de economia mista, não importa se prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas. Não importa, tampouco, se os bens das sociedades de economia mista devam, ou não, ser considerados bens públicos (tal questão não foi abordada nos julgados em

que o STF firmou essa nova orientação). Consoante o novo entendimento da Corte Constitucional, o simples fato de haver recursos públicos envolvidos – o que ocorre pelo mero motivo de o Estado ser o detentor da maioria do capital votante de qualquer sociedade de economia mista – enseja a incidência do inciso II do art. 71 da Constituição, inclusive de sua parte final, que dispõe sobre a tomada de contas especial. É bom anotar que se trata, ademais, de decisão unânime do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Transcrevemos, abaixo, excerto da notícia, de grande relevância, veiculada no Informativo 408 do STF:

“O Tribunal de Contas da União, por força do disposto no art. 71, II, da CF, tem competência para proceder à tomada de contas especial de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das entidades integrantes da administração indireta, não importando se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. (...) No mérito, afirmou-se que, em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário. Ressaltou-se, ademais, que as entidades da administração indireta não se sujeitam somente ao direito privado, já que seu regime é híbrido, mas também, e em muitos aspectos, ao direito público, tendo em vista notadamente a necessidade de prevalência da vontade do ente estatal que as criou, visando ao interesse público. (...) Aplicou-se o mesmo entendimento ao MS 25.181/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, processo julgado conjuntamente.” (MS 25.092/DF, rel. Min. Carlos Velloso, 10.11.2005.)

Portanto, atualmente, a matéria está pacificada: **toda e qualquer entidade da Administração Indireta, não importa seu objeto, nem sua forma jurídica, sujeita-se integralmente ao inciso II do art. 71 da Constituição, inclusive à sua parte final, que trata do instituto da tomada de contas especial, aplicável a quem dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.**

Por fim, vale lembrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Contas, no desempenho de suas atribuições, podem realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, no exame de um processo submetido à sua apreciação, podem afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo do Poder Público por entendê-lo inconstitucional.⁶

⁶ Súmula 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Essa declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas deverá ser proferida por maioria absoluta de seus membros, por força da cláusula “reserva de plenário”, estabelecida no art. 97 da Constituição Federal.

6. CONTROLE JUDICIÁRIO

O controle judiciário, ou judicial, é o exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Judiciário, quando realiza atividades administrativas.

O controle judicial é, regra geral, exercido *a posteriori* e concernente à legalidade dos atos administrativos. O controle judicial é, sobretudo, um meio de preservação de direitos individuais dos administrados (nisso diferindo do controle político, exercido pelo Legislativo).

O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, sempre age mediante provocação do interessado ou do legitimado (em casos como o da ação popular ou da ação civil pública pode não existir interesse direto do autor relativamente ao bem ou direito lesado).

Mediante o exercício do controle judicial dos atos administrativos pode-se decretar a sua anulação (nunca a revogação, decorrente do controle de mérito).

A anulação ocorre nos casos em que existe ilegalidade no ato administrativo e, por isso, pode ser feita pela própria Administração (controle interno) ou pelo Poder Judiciário.

A anulação do ato, uma vez que este ofende a lei ou princípios administrativos, opera efeitos retroativos, *ex tunc*, isto é, retroage à origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes. O ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes, não cria situações jurídicas definitivas e não admite convalidação.

Essa regra – o ato nulo não gera efeitos –, porém, há que ser excepcionada para com os terceiros de boa-fé que tenham sido atingidos pelos efeitos do ato anulado. Em relação a esses, em face da presunção de legitimidade que norteia toda a atividade administrativa, devem ser preservados os efeitos já produzidos na vigência do ato posteriormente anulado. É o caso, por exemplo, do servidor que é ilegítimamente nomeado para um cargo público. Sua nomeação deve ser anulada e ele deve ser exonerado retroativamente, desconstituindo-se, desde a nomeação, todas as relações jurídicas em que ele tenha sido parte. Entretanto, em homenagem à boa-fé e à presunção de legitimidade dos atos administrativos, não serão desconstituídos os efeitos decorrentes dos atos praticados pelo

servidor no desempenho (ilegítimo) de suas atribuições funcionais que tenham sido como destinatários terceiros de boa-fé.

Já foi aqui afirmado que não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e necessidade administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador. Significa que, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse mesmo juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, vale dizer, substituindo o juízo de valor do administrador, mais afeito às coisas da Administração, pelo seu próprio juízo valorativo, evidentemente distanciado deste cotidiano.

Não se deve, entretanto, confundir a vedação de que o Judiciário aprecie o mérito administrativo com a possibilidade de aferição pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários.

O que o Judiciário não pode é invalidar, devido ao acima explicado, a escolha pelo administrador (resultado de sua valoração de oportunidade e conveniência administrativas) dos elementos **motivo** e **objeto** desses atos, que formam o chamado mérito administrativo, desde que feita, essa escolha, dentro dos limites da lei. Ora, no ato administrativo discricionário, além desses dois, temos outros três elementos que são vinculados (competência, finalidade e forma) e, por conseguinte, podem, e devem, ser aferidos pelo poder Judiciário quanto à sua legalidade. Vale repisar: o ato discricionário, como qualquer outro ato administrativo, está sujeito à apreciação judicial; apenas em relação a dois de seus elementos – motivo e objeto – não há, em princípio, essa possibilidade.

Em resumo, o Poder Judiciário pode, sempre, desde que provocado, **anular** atos administrativos, vinculados ou discricionários, que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade. O que não se admite é que o Poder Judiciário **revogue** um ato editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. Devemos lembrar que o exercício do controle de mérito consubstancia-se na faculdade de revogar atos discricionários válidos que se tenham tornado inoportunos ou inconvenientes ao interesse público.

A seguir, mencionamos, resumidamente, alguns dos principais meios judiciais de controle dos atos da Administração, alguns acessíveis a todos os administrados, outros restritos a legitimados específicos.

Desejemos deixar claro que as ações judiciais por nós selecionadas para uma análise mais detalhada, adiante intentada, não são, de forma alguma, as únicas disponíveis para o exercício do controle judicial dos atos da Administração. Muitos outros instrumentos prestam-se ao controle judicial, sendo exemplos: mandado de injunção, *habeas corpus*, ação de consignação em

pagamento (CPC, art. 890 a 900), ações possessórias (CPC, arts. 920 a 933), *habeas data* e, até mesmo, a ação direta de inconstitucionalidade – ADIn e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC (as duas últimas são passíveis de utilização para o controle de atos administrativos, desde que providos de normatividade. Aliás, no caso da ADIn por omissão, a Constituição é clara a respeito, estabelecendo que na sua decisão, **em se tratando de órgão administrativo**, será fixado um prazo de trinta dias para a edição do ato – CF, art. 103, § 2º.).

Em qualquer hipótese, devemos ter em mente a regra básica do nosso ordenamento jurídico, plasmada no art. 5º, XXXV, da CF, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (princípio da inafastabilidade de jurisdição judicial).

Na verdade, qualquer relação de ações judiciais disponíveis para o controle judicial das atividades da Administração seria meramente exemplificativa, e não exaustiva, uma vez que todo o pronunciamento do Poder Judiciário sobre um ato da administração, em qualquer ação judicial, será controle do tipo judicial.

6.1. Controle judicial em espécie

6.1.1. Mandado de segurança

É o remédio constitucional previsto no art. 5º, LXIX, da CF, destinado a proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. O mandado de segurança é basicamente regulado pela Lei nº 1.533/1951.

Trata-se de uma ação civil, de natureza mandamental e rito sumário. Entende-se como ato de autoridade (ato coator), suscetível de impugnação pelo mandado de segurança, qualquer ação ou omissão do Poder Público, ou de seus delegados (ex., concessionárias e permissionárias de serviços públicos) que, no exercício de suas funções (ou a pretexto de exercê-las), acarretem lesão a direito individual líquido e certo.

Hely Lopes Meirelles define direito líquido e certo como aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por esse motivo, a lesão a tal direito deve ser comprovada por meio de documentos, não se admitindo, no mandado de segurança, a prova testemunhal.

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias contados do conhecimento oficial do ato a ser impugnado. É um prazo decadencial, não admitindo interrupção nem suspensão.

O mandado de segurança pode ser impetrado individualmente, pelo administrado que tenha sofrido o ato coator, ou coletivamente, por partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. No primeiro caso, temos o mandado de segurança individual e, no segundo, o mandado de segurança coletivo, inovação introduzida pela CF/1988, prevista em seu art. 5º, LXX.

6.1.2. Ação popular

A ação popular encontra-se prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/1988, nos seguintes termos (grifamos):

“LXXIII – qualquer **cidadão** é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular** ato lesivo ao **patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

O inciso é auto-explicativo. Por meio da ação popular obtém-se a anulação do ato lesivo. A ação popular encontra-se disciplinada pela Lei nº 4.717/1965.

A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade. Não visa a proteger direito próprio do autor, mas sim interesses de toda a comunidade. Pode ser utilizada preventivamente (antes da prática ou da consumação do ato lesivo) ou de forma repressiva (posteriormente ao ato lesivo).

6.1.3. Ação civil pública

A ação civil pública visa a reprimir ou impedir lesão a interesses difusos e coletivos, como os relacionados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, do consumidor etc.

A ação civil pública deve ser promovida pelo Ministério Público (CF, art. 129, III). Qualquer pessoa poderá, e o servidor público deverá, provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. A Lei nº 7.347/1985, que disciplina essa ação, prevê, ainda, como legitimados

- a) a Defensoria Pública;
- b) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- c) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- d) a associação que, concomitantemente:
 - (i) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - (ii) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Capítulo 14

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (COMENTÁRIOS À LEI Nº 9.784/1999)

1. INTRODUÇÃO

Neste Capítulo trataremos da disciplina geral do processo administrativo no âmbito da Administração federal, regulado pela Lei nº 9.784/1999.

Como veremos, há muitos pontos comuns entre o Processo Administrativo Disciplinar – PAD, que é um processo administrativo específico, e as disposições desta Lei. Isso, evidentemente, não é coincidência, uma vez que, embora específico, o PAD é espécie do gênero processo administrativo. Outro ponto que deverá ser observado é que a Lei nº 9.784/1999 trouxe para o direito positivo inúmeros preceitos e princípios que, antes, encontravam-se sistematizados, precipuamente, pela doutrina e, também, em muitos casos, pela jurisprudência.

O primeiro ponto fundamental que deverá ser observado relativamente à Lei nº 9.784/1999 é o disposto no seu art. 69. Segundo tal preceito, as regras desta Lei aplicam-se apenas subsidiariamente aos processos administrativos específicos, regulados em leis próprias, como é o caso do Processo Administrativo Disciplinar Federal, regulado pela Lei nº 8.112/1990; do Processo Administrativo Federal de Determinação e Exigência de Créditos Tributários – PAF, regulado pelo Decreto nº 70.235/1972, com as alterações posteriores; ou, ainda, do Processo Administrativo de Consulta federal, disciplinado pelo mesmo decreto e pela Lei nº 9.430/1996.

Portanto, a edição da Lei nº 9.784/1999 não revogou nem alterou nenhuma dessas leis nem qualquer outra lei específica atinente a processos administrativos específicos. Esta interpretação decorre não apenas do mencionado art. 69, mas, ainda, da regra do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo a qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Em síntese, temos o seguinte: inexistindo lei específica a regular determinado processo administrativo, envolva ou não litígio, será ele inteiramente disciplinado pela Lei nº 9.784/1999. Para os processos administrativos, litigiosos ou não, regulados em leis específicas, aplicam-se suas leis próprias. Na eventual omissão destas, relativamente a determinado ponto, será utilizada, subsidiariamente, a Lei nº 9.784/1999.

Passemos, agora, à análise dos pontos que consideramos mais relevantes da Lei nº 9.784/99. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, afirmando que os pontos aqui omitidos sejam irrelevantes e, muito menos, que não possam ser cobrados em concursos públicos em geral.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.784/1999

O art. 1º e seu § 1º estabelecem que as normas da Lei nº 9.784 aplicam-se:

- 1) à Administração federal Direta e Indireta;
- 2) aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando estes estiverem desempenhando funções administrativas.

Já vimos que cada Poder possui uma função principal, sendo a função administrativa principalmente atribuída ao Poder Executivo. O dispositivo acima positivou esta regra, expressamente prevendo exercício de funções administrativas por outros Poderes e explicitando a aplicabilidade das normas de direito administrativo a tais órgãos, quando no desempenho destas funções.

3. PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Como ensina Hely Lopes Meirelles, cinco são os princípios orientadores dos processos administrativos em geral. Conforme veremos, nem todos são princípios específicos. Entretanto, podem assumir conotações particulares que os distinguem, em sua formulação, dos princípios aplicáveis aos processos judiciais. Vamos a eles.

3.1. Legalidade objetiva

Este princípio, decorrência do próprio princípio da legalidade, que informa a atuação de toda a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), exige que o processo administrativo seja instaurado e conduzido com base na lei e com a finalidade de preservar o império da lei. Inexistindo norma legal que o preveja, ou sendo conduzido contrariamente à lei, nulo é o processo.

3.2. Oficialidade

Também conhecido como princípio do impulso oficial do processo, informa que é sempre à Administração que compete a movimentação do processo administrativo, ainda que inicialmente provocado pelo particular. Uma vez iniciado, o processo passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete dar a ele prosseguimento, até a decisão final. Aqui observamos ser a regra diametralmente oposta à relativa ao processo civil. Neste, o impulso do processo compete às partes, geralmente ocorrendo a paralisação do processo por inatividade da parte, com graves prejuízos à parte que tenha dado causa à paralisação.

3.3. Informalismo

Os atos a serem praticados no processo, mormente os atos a cargo do particular, não exigem forma ou formalidades especiais.

Em regra, os atos processuais devem simplesmente adotar forma que possibilite assegurar a certeza jurídica, a segurança processual e, se forem atos que possam implicar restrições ao administrado, o contraditório e a ampla defesa (por exemplo, os atos processuais devem ser escritos ou, se admitidos atos orais, seu conteúdo deve ser reduzido a termo, isto é, passado a escrito).

É importante frisar, entretanto, que se trata de regra geral; na hipótese de existir norma legal estabelecendo expressamente, como condição essencial à validade de determinado ato processual, alguma forma ou formalidade específica, deverá ela ser observada sob pena de nulidade do ato.

3.4. Verdade material

Este princípio é, talvez, o mais característico dos processos administrativos e representa uma de suas principais diferenças em relação aos judiciais.

No processo administrativo importa conhecer o fato efetivamente ocorrido. Importa saber como se deu o fato no mundo real. Enquanto no processo

judicial, pelo menos na esfera civil, importa a chamada verdade formal ou verdade dos autos (o juiz somente aprecia os fatos e provas apresentados pelas partes, mesmo assim, se apresentados na ocasião apropriada para tal. Diz-se, comumente, nos processos judiciais: “o que não está nos autos não está no mundo” – entenda-se, mundo jurídico.).

Nos processos administrativos, entretanto, a Administração pode valer-se de qualquer prova (lícita, evidentemente) de que venha a ter conhecimento, em qualquer fase do processo (regra geral). A autoridade processante ou julgadora administrativa pode conhecer provas apresentadas pelo particular ou por terceiros, ou ainda pela própria Administração, até o julgamento final, ainda que produzidas em outro processo administrativo ou judicial.

Decorre, também, do princípio da verdade material, a possibilidade de, nos processos administrativos, ser decidido um recurso provocado pelo particular reformando a decisão inicial desfavoravelmente a ele.

Exemplificando: é possível que, em um processo administrativo fiscal, um contribuinte tenha obtido decisão de primeira instância parcialmente favorável. Digamos, manteve-se a cobrança de um imposto mas entendeu-se indevida a multa aplicada no auto de infração. Se esse contribuinte, considerando indevida também a cobrança do imposto, ingressar com recurso administrativo contra tal cobrança, a segunda instância pode proferir decisão considerando devido o imposto e também a multa que houvera sido julgada improcedente na primeira instância. A esta possibilidade dá-se o nome *reformatio in pejus* (“reforma em prejuízo”), a qual é inadmissível, por exemplo, nos processos judiciais criminais.

3.5. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Este princípio é comum a todos os tipos de processos, judiciais e administrativos, estando expresso na Constituição, art. 5º, inciso LV. É decorrência de outro princípio processual maior, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), insculpido no inciso LIV do mesmo artigo.

A expressão destes princípios é muito semelhante, por isso, comumente, fala-se, conjuntamente, em contraditório e ampla defesa. Tecnicamente podemos afirmar que ampla defesa refere-se à possibilidade de utilização de todos os meios lícitos, pelo acusado, para provar sua inocência e à necessidade de que ao acusado sejam apresentados todos os fatos a ele imputados e provas contra ele produzidas, além de possibilitar-se a ele o acompanhamento da instrução do processo.

Por contraditório entende-se a necessidade de que seja dada ao acusado a oportunidade de manifestar-se a respeito de todos os fatos a ele imputados

e de todas as provas contra ele produzidas, contraditando-os sempre que desejar.

O cerceamento de defesa, em qualquer fase do processo, acarreta sua nulidade relativamente a todos os atos subseqüentes (quando isso for possível. Caso contrário, acarreta a nulidade de todo o processo).

4. PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA LEI Nº 9.784/1999

O art. 2º da Lei nº 9.784 enumera uma série de princípios norteantes da atividade administrativa em geral, alguns dos quais expressos na CF/1988, seja no seu art. 37, *caput*, seja em outros pontos do texto constitucional; outros, fruto de construções doutrinárias ou, ainda, previstos em outros diplomas normativos. São eles os princípios da:

- a) legalidade (expresso no *caput* do art. 37 da CF);
- b) finalidade (aparece, na CF, englobado no princípio da impessoalidade, do qual, em verdade, é espécie);
- c) motivação (construção essencialmente doutrinária e jurisprudencial);
- d) razoabilidade (segundo a jurisprudência do STF, é princípio implícito, decorrente do princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva);
- e) proporcionalidade (segundo a jurisprudência do STF, é princípio implícito, decorrente do princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva);
- f) moralidade (expresso no *caput* do art. 37 da CF);
- g) ampla defesa (expresso no art. 5º, LV, da CF);
- h) contraditório (expresso no art. 5º, LV, da CF);
- i) segurança jurídica (é um princípio geral de Direito);
- j) interesse público (aparece, na CF, englobado no princípio da impessoalidade, do qual, em verdade, é espécie); e
- l) eficiência (expresso no *caput* do art. 37 da CF).

Após enumerar esses princípios, a Lei estabelece, no parágrafo único do art. 2º, os critérios a serem observados nos processos administrativos, os quais, como poderemos observar, decorrem direta ou indiretamente dos princípios aqui enunciados e dos princípios doutrinários que vimos acima. São os seguintes os critérios enumerados (colocamos, entre parêntesis, os princípios que entendemos serem os mais importantes norteadores de cada critério):

- I – atuação conforme a lei e o Direito (legalidade);
- II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (impessoalidade);
- III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades (impessoalidade);
- IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (moralidade);
- V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (publicidade);
- VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (razoabilidade e proporcionalidade);
- VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (motivação);
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (segurança jurídica);
- IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (segurança jurídica e informalismo);
- X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (ampla defesa e contraditório);
- XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei (gratuidade dos processos administrativos – é a regra geral);
- XII – impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados (oficialidade);
- XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (impessoalidade e segurança jurídica).

Esse último inciso merece um comentário: a Administração, para aplicar ao caso concreto as normas abstratamente previstas na lei ou em atos normativos infralegais, deverá interpretá-las, ou seja, deve determinar seu alcance e conteúdo segundo os princípios da hermenêutica. A interpretação deve ser imparcial. Não se admitem fórmulas preestabelecidas como o dever de interpretar sempre favoravelmente à Administração ou vice-versa.

A interpretação adotada pela Administração para aplicação de determinada norma deve ser uniforme, perfilhando-se o mesmo entendimento em face de casos iguais ou semelhantes. Não significa isso que a Administração não possa mudar os critérios jurídicos adotados para a interpretação de uma

norma, de forma a, no seu entender, mais adequadamente atender ao interesse público. O que é vedado à Administração é a **utilização retroativa de uma nova interpretação**, ou seja, a mudança de critério jurídico de interpretação somente poderá produzir efeitos relativamente aos casos apreciados a partir da adoção da nova interpretação.

A impossibilidade de aplicação retroativa de nova interpretação de norma administrativa encontra-se expressa na parte final do inciso XIII, acima, e é uma decorrência direta do **princípio da segurança jurídica**, enunciado na própria Lei como norteador dos processos administrativos.

5. DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Encontram-se previstos no art. 3º da Lei. Dentre os direitos ali enumerados, ressaltamos a permissão ao administrado para formular alegações e apresentar documentos até antes da decisão, o que é consequência do princípio da verdade material; o direito de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas, que enfatiza o princípio da publicidade; e a menção ao fato de ser, regra geral, facultativa a representação por advogado, corolário do princípio do informalismo.

Embora não esteja previsto na Lei nº 9.784/1999, é interessante registrar que com a promulgação da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada em 31.12.2004 (que veiculou parte da denominada “Reforma do Judiciário”), foi acentuada a importância dos processos administrativos, passando a ser um direito fundamental expresso dos administrados em todas as esferas da Federação, a “**razoável duração do processo**” (administrativo e judicial) e “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, acrescentado pela EC nº 45/2004).

6. INÍCIO DO PROCESSO

O processo pode ser iniciado pela própria Administração (**de ofício**) ou por provocação do interessado (**a pedido**), conforme o art. 5º.

O requerimento deverá ser feito **por escrito, salvo nos casos em que for admitida solicitação oral**, e conterá os seguintes elementos: órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; identificação do interessado ou de quem o represente; domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; data e assinatura do requerente ou de seu representante.

É importante observar que, no caso de faltarem elementos essenciais ao pedido, a Administração deverá orientar o interessado a supri-los, sendo **vedada a simples recusa imotivada** de receber o requerimento ou outros documentos (parágrafo único do art. 6º). Esta recusa injustificada de recebimento representaria afronta ao Direito de Petição estabelecido no art. 5º, XXXIV, da CF/1988.

A Lei admite que diferentes interessados formulem os pedidos em um único requerimento, quando estes tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, salvo preceito legal em contrário.

A Lei define como legitimados no processo, na qualidade de interessados (art. 9º):

- I – as pessoas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação (previsto na CF, art. 5º, XXXIV);
- II – qualquer um que possua direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão do processo;
- III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos (CF, art. 5º, XXI);
- IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Como regra geral, são considerados capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de **dezoito anos**.

7. COMPETÊNCIA

A Lei trata, nos arts. 11 a 17, da competência para apreciação dos processos, estabelecendo, como regra geral, a **irrenunciabilidade** da competência. Assim, a competência deve ser exercida pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e advocação legalmente admitidos.

A respeito da delegação, prescreve a Lei que um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes **não lhe sejam hierarquicamente subordinados**, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

A **delegação**, quando possível, especificará os poderes transferidos e é revogável a qualquer tempo pelo delegante. O ato praticado por delegação reputa-se praticado pelo delegado (ou seja, por quem efetivamente o pratica).

A Lei enumera as matérias indelegáveis no art. 13, a saber:

- I – a edição de atos de caráter normativo;
- II – a decisão de recursos administrativos;
- III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

A **avocação**, que é o exercício de atribuição de órgão inferior pelo superior (o órgão superior “chama para si” a competência originariamente atribuída ao órgão inferior, com base no Poder Hierárquico da Administração), **é medida excepcional**, temporária e deve ser justificada. A autorização para essa avocação excepcional e temporária é dada pelo próprio art. 15 da Lei nº 9.784.

Na hipótese de inexistência de competência legal específica para o exame da matéria, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de **menor grau** hierárquico para decidir.

8. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO

Os arts. 18 e 20 da Lei cuidam, respectivamente, do impedimento e da suspeição, figuras típicas do Direito Processual, agora positivados expressamente no âmbito do processo administrativo federal.

Em verdade, são duas novas hipóteses de incapacidade do agente público para a prática do ato administrativo, situações que prejudicarão o ato no seu elemento de validade “capacidade”. O servidor público impedido ou suspeito é, nos termos abaixo, incompetente para a prática do ato administrativo.

Reza o art. 18 que **é impedido** de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

- I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
- III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Por sua vez, o art. 20, ao cuidar da suspeição, estabelece que **pode** ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

A diferença entre os institutos impedimento e suspeição é, basicamente, a seguinte: o **impedimento** leva a uma **presunção absoluta** de incapacidade para a prática do ato, o servidor fica absolutamente impedido de atuar no processo; a **suspeição** gera uma **presunção relativa** de incapacidade, restando o vício sanado se o interessado não alegá-la no momento oportuno.

Aliás, essa distinção fica evidente na Lei nº 9.784/1999, senão vejamos: ao tratar do **impedimento**, dispôs a Lei que o servidor **é impedido de atuar** no processo (art. 18) e que **deve comunicar o fato** à autoridade competente, abstendo-se de atuar, sob pena de incorrer em falta grave, para efeitos disciplinares (art. 19); na **suspeição**, há uma mera **faculdade** de ação à disposição da parte interessada (que eventualmente se sentir prejudicada), a obrigação de agir (caso decida pela sua conveniência) é da parte interessada, sob pena de se reputar válido o ato praticado pelo servidor suspeito.

Embora no âmbito do Direito Processual o impedimento leve à nulidade absoluta e a suspeição conduza à nulidade relativa, a doutrina administrativista tem firmado orientação no sentido de que, na esfera administrativa, ambos os institutos tornam o **ato anulável, passível de convalidação** por uma autoridade plenamente competente, que não esteja nas mesmas situações (de impedimento ou de suspeição).

9. FORMA, TEMPO E LUGAR DO PROCESSO

Como os processos administrativos são norteados pelo princípio do **informalismo**, o art. 22 da Lei explicita que os atos do processo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, devendo, entretanto, ser escritos em língua portuguesa (vernáculo) e conter a data e o local de realização e a assinatura da autoridade responsável, bem assim ter suas páginas numeradas seqüencialmente.

Ainda como corolário do princípio do **informalismo**, dispõe a Lei que a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo, bem assim que, salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

A regra é a realização dos atos do processo em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo (art. 23). Entretanto, **poderão ser concluídos depois do horário normal** os atos já iniciados, cujo adiamento prejudique o curso regular do procedimento ou cause dano ao interessado ou à Administração.

Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do órgão, **mas poderão ser realizados em outro local**, hipótese em que deverá ser cientificado o interessado (art. 25).

O prazo genérico para a prática, pela Administração ou pelo particular, de atos processuais, quando inexistentes disposições específicas, é de **cinco dias**, salvo motivo de força maior (art. 24). Havendo causa justificante comprovada, poderá haver prorrogação do prazo por mais até cinco dias (parágrafo único).

10. INTIMAÇÃO DO INTERESSADO

O particular definido como interessado deve ser intimado das decisões do processo ou da determinação de realização de diligências. Sendo necessário o comparecimento do interessado à repartição, deverá ser ele intimado com no mínimo três dias úteis de antecedência (art. 26, § 2º).

Quanto à forma da intimação, esta pode ser:

- a) pessoal, provada pela ciência do interessado no processo, por ocasião de seu comparecimento;
- b) por via postal, com aviso de recebimento – AR;
- c) por telegrama, ou **outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado**;
- d) por meio de publicação oficial, no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio incerto.

As formas descritas nos três primeiros itens não possuem ordem de preferência. A publicação oficial somente é cabível nas hipóteses ali descritas.

Importante é a regra do § 5º do art. 26, segundo a qual as intimações que desatendam as prescrições legais são nulas, sendo suprida, entretanto, a falta ou nulidade pelo comparecimento do interessado. Essa regra, ao lado de consagrar o **princípio da economia processual**, é também consequência do denominado **princípio da instrumentalidade das formas**, segundo o qual as formas previstas para os atos processuais visam a assegurar que estes cumpram suas finalidades. Tendo sido cumprida a finalidade, mesmo que inobservada a forma prescrita, considera-se, em princípio, suprida a falta.

Outro preceito importantíssimo, decorrente do princípio da verdade material, está no art. 27, o qual, expressamente, afasta qualquer presunção de culpa ou confissão ou renúncia a direito decorrente do simples desatendimento, pelo particular, à intimação. O dispositivo afasta qualquer dúvida, ao prescrever que “o desatendimento da intimação **não** importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado”.

O parágrafo único do mesmo artigo afasta ainda a possibilidade de entender-se havida preclusão do direito de defesa, reiterando ao particular a garantia do exercício desse direito no prosseguimento do processo.

O particular tem o direito, como já vimos, de apresentar documentos até antes da fase de decisão, sendo a Administração obrigada a apreciá-los (art. 3º, III).

Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

11. INSTRUÇÃO

Quando estudamos especificamente o PAD previsto na Lei nº 8.112, dissemos, sobre a fase de instrução, que se destinava ela ao levantamento de todas as provas e elementos capazes de confirmar ou refutar os fatos alegados contra o servidor. Podemos afirmar, genericamente, que a fase de instrução de um processo qualquer destina-se à averiguação e comprovação dos dados necessários à tomada de uma decisão fundamentada, como preceitua o art. 29 da Lei nº 9.784.

Assim sendo, durante a instrução deverão ser envidados todos os esforços, por iniciativa oficial ou por provocação do interessado, necessários à elucidação dos fatos pertinentes ao processo. O art. 30 da Lei ressalva, como não poderia deixar de ser, a inadmissibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). O ônus da prova cabe ao interessado quanto aos fatos por ele alegados, salvo quando se trate de fatos e dados registrados em documentos existentes na Administração, hipótese em que esta proverá, de ofício, a obtenção dos documentos ou suas cópias (arts. 36 e 37).

Na seqüência, a Lei prevê a possibilidade de ser aberta consulta pública quando a matéria objeto do processo envolver assunto de interesse geral (art. 31). Nessa hipótese, terceiros (não enquadrados na definição de interessados do art. 9º da Lei) poderão examinar os autos e oferecer alegações escritas, ficando a Administração obrigada a responder fundamentadamente as alegações.

Outra possibilidade, aventada no art. 32, diz respeito à realização de audiência pública, quando a autoridade competente para decidir entender que, em face da relevância da questão, sejam necessários debates sobre a matéria do processo.

Durante toda a fase instrutória, até antes da decisão, os interessados podem juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias e aduzir

alegações. A Administração somente **pode, fundamentadamente, recusar provas propostas pelos interessados quando forem ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias** (que tenham intuito de atrasar a decisão). Todas essas regras são, como já explicamos, decorrência do princípio da **verdade material**, que norteia os processos administrativos, determinando a busca, pela Administração, da apuração do realmente ocorrido, dos fatos efetivamente havidos.

Quando for necessária a produção de uma prova ou a realização de diligência, os interessados serão intimados com antecedência mínima de três dias úteis (art. 41).

As regras relativas à produção de pareceres por órgãos consultivos são as dispostas no art. 42, a saber:

- a) prazo para emissão do parecer: quinze dias, salvo norma especial ou necessidade comprovada de maior prazo;
- b) consequências da não emissão de parecer no prazo fixado:
 - b.1) tratando-se de parecer obrigatório e vinculante: paralisação do processo com responsabilização de quem der causa ao atraso;
 - b.2) tratando-se de parecer obrigatório e não vinculante: prossegue o processo, podendo ser emitida a decisão; responsabiliza-se quem descumpriu o prazo para emissão do parecer.

Encerrada a instrução, abre-se um prazo máximo de dez dias para manifestação do interessado, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44).

Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras **sem a prévia manifestação do interessado**.

Em homenagem ao **princípio da publicidade**, dispõe a Lei que os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Concluída a instrução, a Administração tem o prazo de até 30 (trinta) dias para emitir a decisão, prorrogável, motivadamente, por igual período (art. 49). A emissão da decisão é obrigatória para a Administração. Quando o órgão responsável pela instrução não for o competente para proferir a decisão, elaborará um relatório com um resumo do processo e proposta objetivamente justificada de decisão, encaminhando-o à autoridade competente para decidir (art. 47).

12. MOTIVAÇÃO

O art. 50 da Lei nº 9.784 traz uma regra extremamente importante. Já explicamos que a doutrina vinha entendendo cada vez maior a necessidade de motivação dos atos administrativos discricionários (os vinculados são sempre motivados e os motivos apontados devem sempre ser aqueles rigidamente determinados pela lei, sem margem de liberdade de escolha para o administrador), a ponto de, hoje, encontrarmos dificuldade em citar exemplos de atos discricionários de motivação dispensada (o exemplo clássico é a nomeação e exoneração *ad nutum* de servidor para cargos em comissão). Pois bem, nessa linha, a Lei nº 9.784, conferindo segurança jurídica a essas elaborações doutrinárias, enumerou uma série de situações em que obrigatória a motivação dos atos administrativos.

Observamos que, como regra geral, a Lei exige motivação para atos que restrinjam ou afetem direitos dos administrados ou que, direta ou indiretamente, envolvam dispêndio de verbas públicas (com o conseqüente risco de lesão ao erário).

Transcrevemos as hipóteses em que a Lei exige a motivação dos atos administrativos. É importante observarmos que não significa que somente nesses casos o ato poderá ser motivado. Como dissemos, a boa técnica administrativa tem exigido, como regra, a motivação dos atos discricionários.

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres,

informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado **meio mecânico** que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

13. DESISTÊNCIA E EXTINÇÃO DO PROCESSO

O interessado poderá, mediante manifestação escrita, **desistir** total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, **renunciar** a direitos disponíveis. A sua desistência ou renúncia, porém, **não** prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

Por outro lado, o órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

14. ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

As matérias deste tópico encontram-se no Capítulo XIV da Lei.

Consideramos este um dos mais importantes Capítulos objeto desse estudo, pois, como explicaremos, a Lei aqui derrubou irremediavelmente teses fortemente arraigadas e longamente defendidas pela doutrina administrativista tradicional.

Iniciemos pela anulação e revogação dos atos administrativos.

A anulação ocorre nos casos em que existe ilegalidade no ato administrativo e, por isso, pode ser feita pela própria Administração (controle interno) ou pelo Poder Judiciário. A anulação do ato, uma vez que este ofende a lei ou princípios administrativos, opera efeitos retroativos, *ex tunc*, isto é, retroage à origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes.

Essa regra – o ato nulo não gera efeitos –, porém, há que ser excepcionada para com os terceiros de boa-fé que tenham sido atingidos pelos efeitos do ato anulado. Em relação a esses, em face da presunção de legitimidade que norteia toda a atividade administrativa, devem ser preservados os efeitos produzidos na vigência do ato posteriormente anulado.

Um exemplo é o do servidor cujo ingresso no serviço público decorre de um ato nulo (a nomeação ou a posse contém vício insanável). Imagine-se

que esse servidor emita uma certidão negativa de tributos para João e, no dia seguinte, ele seja exonerado em decorrência da nulidade de seu vínculo com a Administração. Os efeitos dos atos praticados entre ele e a Administração devem ser desfeitos. Mas João, que obteve a certidão, é um terceiro. Sua certidão é válida.

Uma observação: o servidor não terá que devolver as remunerações já recebidas, decorrentes de seu trabalho. Mas isso tem fundamento em outra regra, que se sobrepõe, que prevalece sobre o desfazimento dos efeitos do ato nulo. Essa regra maior é a vedação ao enriquecimento sem causa. O serviço, mesmo fundado em vínculo nulo, foi efetivamente prestado ao Estado; se a remuneração fosse devolvida, haveria enriquecimento sem causa do Estado.

A revogação resulta de atos válidos, legítimos, perfeitos, mas que se tornaram inconvenientes, inoportunos, desnecessários.

Na lição do Professor Hely Lopes Meirelles, “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.” Entende a Administração que o ato tornou-se inconveniente ao interesse público. A revogação tem por fundamento o poder discricionário, somente pode ser realizada pela própria Administração emissora do ato e pode, em princípio, alcançar qualquer ato desta espécie, resguardados, entretanto, os direitos adquiridos (art. 53).

Em todos os casos, como o ato revogado era um ato perfeito e operante, sua revogação somente pode produzir efeitos proativos, *ex nunc*.

As regras mais interessantes desse Capítulo são as relativas à possibilidade de **convalidação** dos atos administrativos defeituosos. Devemos enfatizar que esta Lei contraria frontalmente a posição tradicional da doutrina, segundo a qual não poderiam existir atos administrativos anuláveis. Para os principais autores, o ato administrativo seria ou válido ou nulo, neste caso, não passível de correção e incapaz de produzir efeitos, observada a ressalva acima referente aos terceiros de boa-fé.

Não obstante essa orientação tradicional, o art. 55 da Lei nº 9.784/1999 prevê a possibilidade de convalidação expressa, por iniciativa discricionária da Administração, quando o ato tenha sido praticado com **defeitos sanáveis**, e desde que não acarrete lesão ao interesse público ou a terceiros.

Há uma outra possibilidade de convalidação prevista na Lei nº 9.784/1999, mas nada tem ela a ver com controle de legalidade, ou melhor, ela impede que esse controle seja feito. Trata-se do disposto no art. 54 dessa lei, segundo o qual, quando os efeitos do ato viciado forem favoráveis ao administrado (qualquer que seja o vício), a Administração dispõe de cinco anos

para anulá-lo. É um prazo decadencial. Esse prazo decadencial, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, deverá ser contado a partir da percepção do primeiro pagamento. Findo esse prazo sem manifestação da Administração, a decadência do direito de anulá-lo importará convalidação do ato, tornando-se definitivos os efeitos dele decorrentes, salvo comprovada má-fé do beneficiário (o ônus da prova é da Administração). Trata-se de hipótese de convalidação por decurso de prazo, decorrente de omissão da Administração, ou seja, de situação em que a Administração não efetuou o controle de legalidade e não mais poderá fazê-lo, em razão da decadência de seu direito de anular o ato viciado.

15. RECURSO ADMINISTRATIVO

A Lei nº 9.784 consagra o que poderíamos chamar “duplo grau de jurisdição administrativa” (lembrando-se sempre que, no Brasil, é tecnicamente incorreto falar-se em “jurisdição administrativa”, em face do disposto no art. 5º, XXXV). Isso porque o art. 56 estatui como regra geral o cabimento de recurso das decisões administrativas, por razões de legalidade e de mérito. Por outro lado, o art. 57 limita a **três** as instâncias administrativas, salvo disposição legal em contrário. Antes da apreciação do recurso pela autoridade superior, a Lei estabelece a hipótese de reconsideração por parte da autoridade que tenha proferido a decisão recorrida, no prazo de cinco dias (art. 56, § 1º).

Caso o administrado alegue que a decisão contra a qual ele esteja recorrendo contrariou enunciado de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei nº 11.417/2006, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (Lei nº 9.784/1999, art. 56, § 3º).

Nesses casos – alegação, pelo recorrente, de que houve violação a enunciado de súmula vinculante –, o órgão competente para decidir o recurso (que é o órgão superior ao que proferiu a decisão recorrida, quando este não a reconsiderou) explicitará, na decisão, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (Lei nº 9.784/1999, art. 64-A).

Se o administrado entender que houve violação a enunciado de súmula vinculante, poderá ajuizar **reclamação** perante o STF, desde que, antes, tenha esgotado as vias administrativas (Lei nº 11.417/2006, art. 7º). Acolhida a reclamação, o STF anulará a decisão administrativa e dará ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena

de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal (Lei nº 9.784/1999, art. 64-B).

A Lei, ainda, estabelece, como regra geral, a inexigibilidade de garantia de instância (caução) para a interposição do recurso (art. 56, § 2º). Significa que, **salvo disposição de lei**, não é necessário depositar valores ou oferecer bens como garantia para hipótese de eventual não provimento do recurso do administrado.

Cabe registrar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu ser **inconstitucional** a exigência, mesmo que estabelecida em lei, de depósito prévio, arrolamento de bens e qualquer outra imposição onerosa, ou que implique constrição patrimonial, como **condição de admissibilidade de recursos** em processos administrativos concernentes a **tributos**. Considerou a Corte Suprema, basicamente, que exigências dessa ordem configuram ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Constituição (“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”), e também ao seu art. 5º, XXXIV, “a”, que garante, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição – gênero no qual reclamações, impugnações e recursos administrativos estão inseridos.¹

Outra regra importante está no art. 61, segundo o qual o recurso, **salvo disposição legal em contrário**, não possui efeito suspensivo (somente possuindo, portanto, o denominado efeito devolutivo). Significa que a Administração não fica impedida de praticar o ato que esteja sendo alvo de impugnação administrativa pelo particular, nem os efeitos desse ato são suspensos pela instauração ou pelo curso do processo administrativo, vale dizer, as impugnações e recursos administrativos, como regra, não suspendem a executividade do ato contra o qual se dirigem. Entretanto, o efeito suspensivo – mesmo que não esteja expressamente previsto na lei que trate de determinado processo administrativo – pode ser excepcionalmente concedido pela autoridade recorrida ou pela imediatamente superior, de ofício ou a pedido, se houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida (parágrafo único do art. 61).

O prazo para interpor o recurso é de 10 (dez) dias, contados da ciência da decisão contra a qual será proposto. Este é um prazo geral, pois, nas leis que regulam processos administrativos específicos, como o processo administrativo tributário federal, o prazo para recursos pode ser diferente (no processo tributário federal, por exemplo, o prazo para recurso voluntário é de 30 dias). Nos termos da Lei nº 9.784/1999, esse prazo de 10 dias é

¹ RREE 388.359/PE, 389.383/SP, 390.513/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 28.03.2007; AI-AgR 398.933/RJ e AI-AgR 408.914/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 28.03.2007; ADI 1.922/DF e ADI 1.976/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 28.03.2007.

peremptório, pois o recurso interposto fora do prazo não será conhecido (art. 63). Conforme se verá abaixo, contudo, em razão do poder de autotutela da Administração, e do princípio da verdade material, pode ela, de ofício, anular o ato ou reformar a decisão impugnada, quando constatar que efetivamente houve ilegalidade (art. 63, § 2º).

O recurso não será conhecido quando interposto (art. 63):

- I – fora do prazo;
- II – perante órgão incompetente (hipótese em que deverá ser indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso);
- III – por quem não seja legitimado;
- IV – após exaurida a esfera administrativa.

Consoante acima mencionado, em decorrência do poder de autotutela da Administração, e em face do princípio da verdade material, o não conhecimento (não apreciação) do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, exceto se já ocorrida preclusão administrativa (impossibilidade de apreciar novamente a matéria na via administrativa).

Ainda relativamente ao recurso, o prazo para a decisão é fixado em no máximo 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período mediante justificativa expressa. Este prazo, entretanto, não é peremptório, ou seja, o seu descumprimento pela Administração não torna nula a decisão, podendo, entretanto, acarretar responsabilidade funcional a quem injustificadamente houver dado causa ao atraso.

O art. 64, sempre baseado na verdade material, confere amplos poderes, relativamente à alteração da decisão recorrida, à autoridade competente para apreciação do **recurso**, inclusive prevendo expressamente a possibilidade genérica de a instância superior reformar a decisão em prejuízo do recorrente, a denominada *reformatio in pejus*.

Já o parágrafo único do art. 65, ao tratar da **revisão** dos processos de que resultem sanções, proíbe o agravamento da penalidade como resultado da revisão (*reformatio in pejus*). Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, **a qualquer tempo**, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65).

Como se vê, adotou o legislador regra distinta para possibilidade de aplicação da chamada *reformatio in pejus*, permitindo-a nos **recursos** administrativos e vedando a sua aplicação na **revisão** do processo.

16. PRAZOS

Um capítulo da lei é dedicado às regras sobre a contagem de prazos no processo administrativo federal, sendo estabelecido o seguinte:

- a) os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento;
- b) se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte;
- c) os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo;
- d) os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês;
- e) salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

Capítulo 15

BENS PÚBLICOS

1. CONCEITO

No Direito positivo brasileiro, o conceito de bens públicos é dado pelo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), em seu art. 98, ao prescrever que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

A definição constante do Código Civil pretérito, de 1916, somente enumerava como públicos os bens pertencente à União, aos Estados e aos Municípios. Em razão dessa evidente defasagem entre a anterior definição legal e o nosso ordenamento jurídico, especialmente em razão do surgimento de entidades públicas não existentes ou de natureza jurídica não bem sistematizada em 1916, o conceito de bem público durante muito tempo foi trabalhado pela doutrina, a fim de ajustá-lo a nossa realidade.

Entretanto, justamente por ser obra de doutrinadores, não existe consenso entre os mais importantes autores pátrios. Há administrativistas que somente incluem como públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações de direito público). Outros consideram públicos os bens de todas as pessoas integrantes da Administração Pública, Direta e Indireta, o que insere na categoria de bens públicos os bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista (que são pessoas jurídicas de direito privado). Existe, ainda, uma posição intermediária, defendida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que conceitua bens públicos como sendo “todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados,

Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

Como se vê, a controvérsia centra-se na questão de restringir o conceito somente àqueles bens das entidades de direito público, ou interpretá-lo como extensível também aos bens das entidades de direito privado. Nesse ponto, cabe repisar que nossos administrativistas elaboraram seus conceitos e definições sob a égide do Código Civil pretérito. Parece-nos que, com a redação adotada pelo atual Código, classificando como públicos somente os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, muitos autores poderão rever sua posição, uma vez que houve modificação e atualização de nosso Direito positivo (pelo menos em princípio não se deve afirmar que o Código Civil atual já tenha vindo à luz defasado).

O atual Código Civil, a nosso ver, veio corroborar a posição que propugnávamos ainda sob o ordenamento passado. Com efeito, sempre consideramos como bens públicos somente aqueles pertencentes às entidades de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público), em face das características de impenhorabilidade, de inalienabilidade, de não-onerabilidade e de imprescritibilidade, que informam essa categoria de bens.

Pensamos que o Supremo Tribunal Federal também parece inclinar-se a confirmar o entendimento de que somente os bens das pessoas jurídicas de direito público são bens públicos. Isso pode ser inferido das decisões proferidas nos MS 23.627 e MS 23.875. Em relação à questão principal tratada nesses mandados de segurança – que era a sujeição, ou não, das sociedades de economia mista ao instituto da tomada de contas especial procedida pelo TCU – houve mudança de orientação do STF. Com efeito, a posição neles firmada, segundo a qual as sociedades de economia mista não estariam sujeitas à tomada de contas especial pelo TCU, foi modificada no julgamento dos MS 25.092 e MS 25.181, em que se consolidou o entendimento exatamente contrário. Contudo, a posição manifestada pelo STF nos MS 23.627 e MS 23.875, de que os bens das sociedades de economia mista não são bens públicos, não foi refutada nos MS 25.092 e MS 25.181. Nestes, o fundamento para considerar as sociedades de economia sujeitas à tomada de contas especial pelo TCU não foi a natureza de seus bens, mas, sim, o argumento segundo o qual “em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário”.

Em suma, é nossa opinião que a orientação incidentalmente exposta pelo STF no julgamento dos MS 23.627 e MS 23.875, nos termos da qual

os bens das sociedades de economia mista não são bens públicos, não foi prejudicada pela decisão dos MS 25.092 e MS 25.181, porque estes foram contrários àqueles somente quanto à questão principal – sujeição, ou não, das sociedades de economia mista ao instituto da tomada de contas especial procedida pelo TCU –, não quanto à questão incidental relativa à natureza dos bens de sociedades de economia mista, tema que nem sequer foi abordado na decisão dos MS 25.092 e MS 25.181.

Não podemos deixar de alertar, contudo, que, mesmo considerando não prejudicada a afirmação incidental do STF, nos MS 23.627 e MS 23.875, de que os bens das sociedades de economia mista não são bens públicos, o caso concreto dizia respeito ao Banco do Brasil, que é uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica; reconhecemos que, em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, a questão não está pacificada, especialmente no que respeita aos bens diretamente afetados à prestação do serviço público (em face do princípio da continuidade dos serviços públicos, tais bens, em princípio, não podem ser penhorados ou gravados com ônus reais).

2. CLASSIFICAÇÃO

Os bens públicos são tradicionalmente classificados tomando-se em conta três aspectos: quanto à titularidade; quanto à destinação; quanto à disponibilidade.

2.1. Quanto à titularidade

Os bens públicos, quanto à natureza da pessoa titular, podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais, conforme pertençam, respectivamente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, ou a suas autarquias ou fundações de direito público.

2.2. Quanto à destinação

Considerando o objetivo a que se destinam, os bens públicos classificam-se em:

- bens de uso comum do povo;
- bens de uso especial;
- bens dominicais.

Os **bens de uso comum do povo** são aqueles destinados à utilização geral pelos indivíduos, que podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, independentemente de consentimento individualizado por parte do Poder Público.

São exemplos de bens públicos de uso comum do povo: as ruas, as praças, os logradouros públicos, as estradas, os mares, as praias, os rios navegáveis etc.

Em regra, são colocados à disposição da população **gratuitamente**. Nada impede, porém, venha a ser exigida uma contraprestação (remuneração) por parte da Administração Pública. Um exemplo rotineiro da cobrança de remuneração pela utilização de um bem de uso comum do povo é a exigência de pedágio em estradas rodoviárias.

Esses bens, apesar de destinados à população em geral, estão sujeitos ao poder de polícia do Estado, consubstanciado na regulamentação, na fiscalização e na aplicação de medidas coercitivas, visando à conservação da coisa pública e à proteção do usuário.

Os **bens de uso especial** são todos aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. São todos aqueles utilizados pela Administração para a execução dos serviços públicos.

São exemplos de bens públicos de uso especial: todos os edifícios públicos onde se situam repartições públicas (os prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário); as escolas; as universidades; as bibliotecas; os hospitais; os quartéis; os cemitérios públicos; os aeroportos; os museus; os mercados públicos; as terras reservadas aos indígenas; os veículos oficiais; o material de consumo da Administração; os terrenos aplicados aos serviços públicos etc.

Os **bens dominicais** são os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades. São todos aqueles que não têm uma destinação pública definida, que podem ser utilizados pelo Estado para fazer renda. Enfim, todos os bens que não se enquadram como de uso comum do povo ou de uso especial são bens dominicais.

São exemplos de bens dominicais: as terras devolutas e todas as terras que não possuam uma destinação pública específica; os terrenos de marinha; os prédios públicos desativados; os móveis inservíveis; a dívida ativa etc.

Merecem transcrição os seguintes dispositivos do atual Código Civil, concernentes ao assunto que viemos de tratar:

“Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

2.3. Quanto à disponibilidade

Quanto à disponibilidade, os bens públicos classificam-se em:

- bens indisponíveis por natureza;
- bens patrimoniais indisponíveis;
- bens patrimoniais disponíveis.

Os **bens indisponíveis por natureza** são aqueles que, dada a sua natureza não-patrimonial, não podem ser alienados ou onerados pelas entidades a que pertencem. São bens de natureza não-patrimonial, insuscetíveis de alienação pelo poder público.

Os bens de uso comum do povo, como regra geral, são bens absolutamente indisponíveis, como os mares, os rios, as estradas etc.

Os **bens patrimoniais indisponíveis** são aqueles de que o Poder Público não pode dispor, embora tenham natureza patrimonial, em razão de estarem afetados a uma destinação pública específica. Enfim, são bens que possuem valor patrimonial, mas que não podem ser alienados porque são utilizados efetivamente pelo Estado para uma específica finalidade pública.

São bens patrimoniais indisponíveis os bens de uso especial, ou bens de uso comum suscetíveis de avaliação patrimonial, sejam móveis ou imóveis,

tais como: os prédios das repartições públicas, os veículos oficiais, as escolas públicas, as universidades públicas, os hospitais públicos etc.

O atual Código Civil claramente estabelece que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”

Os **bens patrimoniais disponíveis** são todos aqueles que possuem natureza patrimonial e, por não estarem afetados a certa finalidade pública, podem ser alienados, na forma e nas condições que a lei estabelecer.

Os bens patrimoniais disponíveis são os bens dominicais em geral, porque nem se destinam ao público em geral (não são de uso comum do povo), nem são utilizados para a prestação de serviços públicos (não são bens de uso especial). O atual Código Civil, claramente, afirma que “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei” (art. 101).

3. CARACTERÍSTICAS

As principais características dos bens públicos são:

- a inalienabilidade;
- a impenhorabilidade;
- a imprescritibilidade;
- a não-onerabilidade.

3.1. Inalienabilidade

O atual Código Civil adotou redação mais precisa do que a do Código pretérito acerca da inalienabilidade dos bens públicos. O Código de 1916 somente afirmava que os bens públicos “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever”. O Código vigente esclarece que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (art. 100), o que há muito é ensinado pela doutrina.

Na mesma esteira, o atual Código Civil estabelece que “os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei” (art. 101).

Portanto, como se vê, a inalienabilidade dos bens públicos não é absoluta.

Em verdade, atualmente pacificou-se a orientação no sentido de que somente são absolutamente inalienáveis aqueles bens que, pela própria natureza, não gozam de valor patrimonial. Seriam os bens de uso comum do povo, insuscetíveis de valoração patrimonial, como os rios, os mares, as praias etc. Por isso, conforme vimos antes, são chamados de **bens indisponíveis**.

Os bens públicos dominicais, que são exatamente os bens públicos que não se encontram **destinados a uma finalidade pública específica (afetados)**, podem ser objeto de alienação, obedecidos os requisitos legais. Na esfera federal, os requisitos para alienação de bens constam da Lei nº 8.666, de 1993, que exige demonstração do interesse público, prévia avaliação, licitação e, caso se trate de bem imóvel, autorização legislativa (art. 17).

3.2. Impenhorabilidade

A penhora é instituto de natureza constritiva que recai sobre o patrimônio do devedor para propiciar a satisfação do credor na hipótese de não pagamento da obrigação. O bem penhorado pode ser compulsoriamente alienado a terceiros para que o produto da alienação satisfaça o débito do credor.

Os **bens públicos são impenhoráveis**, vale dizer, não se sujeitam ao regime de penhora.

A Constituição Federal estabeleceu regra diferenciada para a satisfação dos créditos de terceiros contra a Fazenda Pública. Eles serão pagos segundo o denominado regime de **precatórios**, nos termos do *caput* do art. 100 da Carta Política, abaixo transcrito:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Deve-se frisar que, embora a literalidade do texto constitucional pudesse induzir a entendimento diverso, os créditos de natureza alimentícia também são pagos pelo Estado sob o regime dos precatórios, vale dizer, não estão eles fora do regime estabelecido pelo art. 100, *caput*, da Constituição Federal. A ressalva constitucional implica, tão-somente, a não-concorrência entre os créditos de natureza alimentícia e os demais (ordinários, de natureza não-alimentícia), sendo aqueles pagos com prioridade sobre estes, independentemente da data de apresentação dos precatórios de uns e de outros.

Essa interpretação do *caput* do art. 100 da Carta Política está cristalizada na **Súmula STF 655**, nestes termos:

“A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.”

Há, entretanto, no § 3º do art. 100, uma **única hipótese** em que deverá ser feito o pagamento direto pela Fazenda, sem seguir a sistemática de precatórios: trata-se das **obrigações de pequeno valor**, definidas em lei.

Para esse fim, leis dos diferentes entes federados – União, estados, Distrito Federal e municípios – poderão fixar valores distintos, segundo suas capacidades econômicas, ou seja, as “obrigações de pequeno valor” sujeitas a pagamento direto, sem precatórios, poderão ter valores diferentes para cada ente federado, tendo em vista suas realidades econômicas específicas (CF, art. 100, § 5º).

Até que as leis dos respectivos entes federados estabeleçam a definição de “obrigação de pequeno valor”, para o fim de pagamento direto de dívidas reconhecidas em sentença judicial transitada em julgado, a própria Constituição Federal fixou esse valor: quarenta salários-mínimos para os estados e o Distrito Federal e trinta salários-mínimos para os municípios (ADCT, art. 87).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os entes da Federação têm liberdade para definir o valor de seus débitos de pequeno valor, o qual pode, inclusive, ser inferior ao previsto no art. 87 do ADCT.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e **exclusivamente** para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o **seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito** (CF, art. 100, § 2º).

Por força desse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas constantes de precatórios é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a isso não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. Com efeito, segundo o Tribunal Maior, nenhuma outra situação autoriza o seqüestro de verbas públicas para o pagamento de precatório, por mais grave que seja, nem mesmo o atraso injustificado do

pagamento ou a não-inclusão dos respectivos recursos para pagamento na lei orçamentária anual.

Em resumo, **única restrição**, admitida constitucionalmente, que poderá recair sobre bens públicos é o **seqüestro**, cabível **exclusivamente** no caso de preterição, no pagamento de precatórios, do direito à observância da ordem cronológica da respectiva apresentação (CF, art. 100, § 2º).

3.3. Imprescritibilidade

Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, são absolutamente imprescritíveis, isto é, são insuscetíveis de aquisição por meio de usucapião (a aquisição da propriedade decorrente de usucapião é denominada prescrição aquisitiva do direito de propriedade).

Assim, caso um particular tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição por usucapião, conforme regulado no Direito Privado, não nascerá para ele qualquer direito de propriedade sobre esse bem.

A Constituição Federal veda, expressamente, qualquer tipo de usucapião de imóveis públicos, quer localizados na zona urbana (CF, art. 183, § 3º), quer na área rural (CF, art. 191, parágrafo único). Vale observar que, embora a Carta Política somente se tenha preocupado em tornar expressa essa vedação para os bens **imóveis**, a impossibilidade de aquisição de bens públicos **móveis** por meio de usucapião é, também, pacífica em nosso ordenamento. O art. 102 do atual Código Civil, de forma categórica, e sem qualquer distinção, estabelece: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

3.4. Não-onerabilidade

Onerar um bem significa deixá-lo em garantia para o credor no caso de inadimplemento da obrigação. São espécies de direitos reais de garantia sobre coisa alheia o penhor, a anticrese e a hipoteca (CC, art. 1225).

Os bens públicos não podem ser gravados com esse tipo de garantia em favor de terceiro. Enfim, o credor da Fazenda Pública não pode ajustar garantia real incidente sobre bem público, sob pena de nulidade absoluta da garantia.

4. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

O instituto **afetação** diz respeito à utilização do bem público, e é de suma importância para a caracterização do bem como alienável ou inalienável.

Caso determinado bem esteja sendo utilizado para uma finalidade pública, diz-se que está **afetado** a determinado fim público. Ex.: uma praça, como bem de uso comum do povo, se estiver sendo utilizada pela população, será considerada um bem **afetado** ao fim público; um prédio em que funcione uma repartição pública é um bem de uso especial, **afetado** ao fim público etc.

Ao contrário, caso o bem não esteja sendo utilizado para qualquer fim público, diz-se que está **desafetado**. Ex.: um imóvel do Município que não esteja sendo utilizado para qualquer fim é um bem **desafetado**; um veículo oficial inservível, estacionado no pátio de uma repartição, é um bem **desafetado** etc.

Acontece, porém, que o bem **afetado** pode passar a **desafetado**, e vice-versa. Teremos, então, os institutos da **afetação** e da **desafetação**. Se o bem está **afetado** e passa a **desafetado**, temos a **desafetação**; ao contrário, se o bem está fechado, desativado, e passa a ter uma finalidade pública, tem-se a **afetação**.

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho esclarece o assunto, com o seguinte exemplo: “Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará à sua condição de bem de uso especial.”

A **afetação** tem relevante importância para se examinar a inalienabilidade do bem público. Isso porque é pacífico na doutrina que os bens públicos **afetados** (que possuem uma destinação pública específica) não podem, enquanto permanecerem nessa situação, ser alienados. Assim, os **bens de uso comum do povo** e os **bens de uso especial**, enquanto destinados, respectivamente, ao uso geral do povo e a fins administrativos especiais, não são suscetíveis de alienação. O atual Código Civil tornou absolutamente clara essa antiga lição doutrinária, estabelecendo que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (art. 100). Os bens dominicais, ao contrário, por não estarem **afetados** a um fim público, podem ser alienados (CC, art. 101).

Caso os **bens de uso comum do povo** e os **bens de uso especial** venham a ser **desafetados**, isto é, venham a perder sua finalidade pública específica, converter-se-ão em **bens dominicais**, e, como tais, poderão ser alienados. O Prof. Hely Lopes Meirelles cita o seguinte exemplo: “uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento

em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominical, isto é, do patrimônio disponível da Administração”.

5. PRINCIPAIS ESPÉCIES DE BENS PÚBLICOS

Não faz parte do objeto dessa obra o estudo pormenorizado das diferentes espécies de bens públicos, dada a sua inexpressiva exigência em concursos públicos. Apresentaremos, a seguir, apenas o breve conceito legal dos principais bens, com o único intuito de possibilitar o seu enquadramento na classificação dos bens públicos, antes estudada.

5.1. Terras devolutas

Segundo o Prof. Hely Lopes, terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos.

As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental pertencem à União (CF, art. 20, II). As demais pertencem aos Estados-membros (CF, art. 26, IV).

Como se vê, enquadram-se como **bens dominicais**, pois não são utilizadas para quaisquer finalidades específicas.

5.2. Terrenos de marinha

Terrenos de marinha são as áreas que, banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831.

Os terrenos de marinha pertencem à União, por imperativos de defesa e de segurança nacional (CF, art. 20, VII).

5.3. Terrenos acrescidos

Terrenos acrescidos são os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

Os terrenos acrescidos, agregados que são aos terrenos de marinha, também pertencem à União.

5.4. Terrenos reservados

Os terrenos reservados são aqueles que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, se estendem até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias.

5.5. Terras ocupadas pelos índios

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições (CF, art. 231, § 1º).

São bens pertencentes à União (CF, art. 20, XI), e, por possuírem destinação específica, são classificados como **bens de uso especial**.

5.6. Plataforma continental

Plataforma continental é a extensão das áreas continentais sob o mar até a profundidade de cerca de duzentos metros.

A plataforma continental pertence à União, e tal domínio é imprescindível para a proteção dos recursos minerais e animais existentes nessa faixa. Os recursos naturais da plataforma continental, por força constitucional, também pertencem à União (CF, art. 20, V).

5.7. Ilhas

Ilhas são as elevações de terra acima das águas e por estas cercadas em toda sua extensão.

As ilhas podem ser marítimas, fluviais e lacustres, conforme estejam, respectivamente, no mar, nos rios e nos lagos. As ilhas marítimas são oceânicas, quando localizadas distante da costa e não têm relação geológica com o relevo do continente, ou costeiras, quando se formam do próprio relevo da plataforma continental.

Em regra, as ilhas marítimas pertencem à União, mas os Estados poderão ter áreas das ilhas costeiras e oceânicas (CF, art. 20, IV).¹

As ilhas fluviais e lacustres pertencem aos Estados-membros, exceto se estiverem em zonas limítrofes com outros países, ou nos rios que banham mais de um Estado, casos em que pertencerão à União (CF, art. 20, III).

Em regra, são classificadas como **bens dominicais**, mas poderão enquadrar-se na definição de bens de uso comum do povo se tiverem essa destinação específica.

5.8. Faixa de fronteiras

Faixa de fronteiras é a área de até 150 km de largura, que corre paralelamente à linha terrestre demarcatória da divisa entre o território nacional e países estrangeiros, considerada fundamental para a defesa do território nacional (CF, art. 20, § 2º).

5.9. Águas públicas

As águas públicas são aquelas de que se compõem os mares, os rios e os lagos do domínio público.

As águas públicas podem ser de uso comum e dominicais.

São consideradas de uso comum: os mares territoriais; as correntes, canais e lagos navegáveis ou flutuáveis; as correntes de que se façam essas águas; as fontes e reservatórios públicos; as nascentes que, por si sós, constituem a nascente do rio; os braços das correntes públicas quando influam na navegabilidade ou fluatibilidade.

Todas as demais águas públicas, ou seja, aquelas que não se configurarem como de uso comum, são consideradas águas dominicais.

As águas públicas pertencem aos Estados-membros, exceto se estiverem em terrenos da União, se banharem mais de um Estado, se fizerem limites com outros países ou se estenderem a território estrangeiro ou dele provierem, hipóteses em que pertencerão à União (CF, art. 20, III).

¹ CF, Art. 20, IV – “São bens da União as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;”

CF, art. 26, II – “Incluem-se entre os bens dos Estados as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;”

Capítulo 16

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1. INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo ostenta nítida preocupação com o bem-estar da coletividade, com a satisfação de suas aspirações. O Estado puramente liberal, adepto da doutrina da ampla liberdade privada (*laissez faire*), foi paulatinamente sendo substituído pelo chamado “Estado do bem-estar social”, de feição marcadamente social, voltado para a prestação dos serviços fundamentais à coletividade.

Para que o Estado propicie esse bem-estar social, faz-se mister que o Poder Público intervenha na propriedade particular, com o fim de limitar alguns interesses individuais em prol da coletividade, do interesse público. O Estado, para alcançar o fim almejado pela coletividade, intervirá na propriedade particular, restringindo, condicionando o uso dessa propriedade, por intermédio dos diversos institutos previstos no Direito (servidão administrativa, requisição, desapropriação etc.).

A intervenção do Estado na propriedade, portanto, pode ser entendida como a atividade estatal que tem por fim ajustar, conciliar o uso dessa propriedade particular com os interesses da coletividade. É o Estado, na defesa do interesse público, condicionando o uso da propriedade particular.

É evidente que essa intervenção estatal deve nortear-se pelo interesse maior da coletividade, bem assim pela estrita observância dos meios e procedimentos autorizados na Constituição e nas leis reguladoras, sob pena de

incorrer o Estado em conduta flagrantemente ilegítima, por ofensa aos direitos individuais dos cidadãos.

É este, portanto, o objeto de nosso estudo neste Capítulo: os meios e procedimentos mediante os quais o Estado intervém na propriedade particular, condicionando o exercício de direitos individuais em prol da coletividade, do interesse público.

2. AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal autoriza, no seu próprio texto, a intervenção do Estado na propriedade privada. Isso porque, se por um lado o texto constitucional assegura o direito individual à propriedade (CF, art. 5º, XXII), por outro condiciona o uso desse direito ao atendimento da função social (CF, art. 5º, XXIII). Se o direito à propriedade está condicionado ao atendimento da sua função social, segue-se que, se não for atendida essa condição constitucional, poderá o Estado intervir para forçar o seu atendimento.

Em outro dispositivo, ao cuidar da política urbana, reza a Constituição que (CF, art. 182, § 2º):

“§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Como se vê, o legislador constituinte deixou expresso que, em se tratando de propriedade urbana, o atendimento de sua função social está condicionado à observância das regras estabelecidas no plano diretor do Município. Se não for atendida a função social da propriedade urbana, nos termos traçados no plano diretor, a própria Constituição já confere ao Município poderes interventivos na propriedade particular, estabelecendo que pode ser imposta ao proprietário a obrigação de promover o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, quando em descompasso com as regras fixadas no plano diretor. Caso não sejam observadas essas exigências municipais, tem o Município o poder de impor o parcelamento ou a edificação compulsória do solo e até mesmo, em último caso, de promover a desapropriação (CF, art. 182, § 4º).

A Constituição permite também que, no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano (CF, art. 5º, XXV). Esse instituto, conhecido como **requisição**, também consubstancia hipótese autorizada constitucionalmente de intervenção do Estado na propriedade particular.

Finalmente, cabe mencionar que a Lei Maior contempla, até mesmo, o instituto da **desapropriação**, que vem a ser o meio mais gravoso de intervenção do Estado no direito de propriedade, retirando esta do domínio do proprietário e inserindo-a no patrimônio do Estado.

3. FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO

São fundamentos para a intervenção do Estado na propriedade particular: a função social da propriedade e a prevalência do interesse público.

Conforme comentado no item precedente, o direito de propriedade assegurado constitucionalmente não é absoluto, pois a propriedade deverá atender sua função social (CF, art. 5º, XXIII). Logo, constitui fundamento político e jurídico para a legitimidade da intervenção do Estado na propriedade particular a necessidade de o Poder Público fazer cumprir esse comando constitucional, exigindo seja atendida a função social da propriedade. É o que nos ensina o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, para o qual “a função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos”.

O segundo fundamento para a intervenção do Estado na propriedade privada é a supremacia do interesse público sobre o privado, postulado fundamental no Direito contemporâneo. Na intervenção na propriedade privada, a atuação do Estado é efetivada de forma vertical, agindo o Poder Público numa situação de superioridade, mediante a imposição de regras que de alguma forma restringem o uso da propriedade pelo particular.

O suporte para essa supremacia do interesse público está no fato de que os interesses coletivos representam o direito do maior número (direito da maioria) e, por isso, quando em conflito com os interesses individuais, devem prevalecer sobre estes. Essa realidade legitima a superioridade jurídica do Estado em sua atuação, mesmo quando contrária aos interesses particulares, desde que observadas as hipóteses e os procedimentos (devido processo legal) previstos na Constituição e nas leis.

4. COMPETÊNCIA

A competência para legislar sobre direito de propriedade, desapropriação e requisição é privativa da União (CF, art. 22, I, II e III).

Essa competência privativa da União, porém, diz respeito à regulação da matéria (é competência tipicamente legislativa) e não deve ser confundida com a competência administrativa, para a prática de atos relacionados

com a restrição e o condicionamento do uso da propriedade. A competência administrativa, para impor restrições e condicionamentos ao uso da propriedade privada, é repartida entre todos os entes federativos, vale dizer, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Por exemplo: uma lei que estabeleça as hipóteses de requisição administrativa da propriedade privada deverá ser, necessariamente, federal, por força do citado art. 22 da CF; porém, diante de uma das hipóteses traçadas pela lei federal para a efetivação da requisição (calamidade pública, p. ex.), caberá ao Município requisitar, por ato próprio, a propriedade privada. Da mesma forma, o Município tem competência para legislar sobre restrições à atividade de construção no seu território (que implica restrição ao direito de propriedade), pois cabe a ele estabelecer as linhas do plano urbanístico municipal.

5. MODOS DE INTERVENÇÃO

Dada a complexidade dos fins almejados pelo Estado em prol do interesse público, são diversos os meios de intervenção do Estado na propriedade. Há intervenções em que o Estado limita-se a impor restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem retirá-la de seu dono (intervenção restritiva), bem assim intervenções em que o Estado transfere coercitivamente para si a propriedade de terceiro (intervenção supressiva, como a desapropriação).

São os seguintes os meios de intervenção do Estado na propriedade privada, tradicionalmente enumerados pela doutrina:

- a) servidão administrativa;
- b) requisição;
- c) ocupação temporária;
- d) limitação administrativa;
- e) tombamento;
- f) desapropriação.

Além dessas formas de intervenção, é importante registrar que a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada **Estatuto da Cidade**, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, trata de modalidades específicas de intervenção do poder público municipal na propriedade privada, como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a incidência de IPTU progressivo no tempo (com caráter extrafiscal sancionatório), a desapropriação mediante pagamento em títulos e o direito de preempção.

Estudaremos os principais aspectos dessa Lei, relativos à intervenção dos municípios na propriedade privada, adiante, em tópico específico.

Vejamos, separadamente, cada uma dessas modalidades de intervenção.

5.1. Servidão administrativa

Servidão administrativa é o direito real público que autoriza o Poder Público a usar da propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo.

Na lição de Hely Lopes, “servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”.

São três, portanto, as características fundamentais do instituto servidão administrativa: **ônus real**, incidente sobre um **bem particular (imóvel alheio)**, com a finalidade de permitir uma **utilização pública**.

Entretanto, embora a regra seja a instituição de servidão administrativa sobre imóvel particular, nada impede que, em situações especiais, possa incidir sobre bem público (a União pode instituir servidão em relação a bens estaduais ou municipais).

A servidão administrativa não pode ser confundida com a servidão privada, regulada no Código Civil. Esta, a servidão de direito privado, regulada pelos arts. 1378 a 1389 do Código Civil, dá-se numa relação jurídica entre pessoas privadas, sem relação com o interesse da coletividade; aquela, a servidão administrativa, constitui direito real público, porque é instituída em favor do Estado para atender a fatores de interesse público.

São exemplos de servidão administrativa: a instalação de redes elétricas, de redes telefônicas e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos; a colocação em prédios privados de placas e avisos para a população, como nome de ruas; a colocação de ganchos em prédios públicos para sustentar a rede elétrica etc.

Não há uma disciplina normativa específica para as servidões administrativas; a base legal para sua instituição é o art. 40 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, que, ao cuidar da desapropriação por utilidade pública, prescreve que “o expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei”. O entendimento é de que, por força desse dispositivo, aplicam-se ao procedimento de servidão as regras para a desapropriação por utilidade pública, no que couber.

5.1.1. Instituição da servidão

As servidões administrativas podem ser instituídas por duas formas distintas:

- a) acordo administrativo;
- b) sentença judicial.

Pelo acordo administrativo, o proprietário do imóvel particular e o Poder Público celebram um acordo formal por escritura pública, que garante ao Estado o direito de uso da propriedade, para determinada finalidade pública. Esse acordo deve ser sempre precedido da declaração de necessidade pública de instituir a servidão por parte do Estado.

A segunda forma de instituição da servidão administrativa é por sentença judicial, quando não há acordo entre as partes. Não havendo acordo, o Poder Público promove ação contra o proprietário, demonstrando ao juiz a existência do decreto específico, indicativo da declaração de utilidade pública. Pode acontecer, também, de o Poder Público instalar a servidão sem a existência de prévio acordo, situação em que caberá ao proprietário do imóvel pleitear judicialmente o reconhecimento da servidão, para o fim de eventual indenização, se for o caso.

As servidões administrativas, por constituírem direito real de uso em favor do Estado sobre propriedade particular, devem ser inscritas no Registro de Imóveis para produzir efeitos contra todos (eficácia *erga omnes*).

5.1.2. Indenização

Conforme visto, a servidão administrativa implica, tão-somente, o direito de uso pelo Poder Público de imóvel alheio, para o fim de prestação de serviços públicos. Não há perda de propriedade por parte do particular, como ocorre na desapropriação.

Por esse motivo, a indenização não será pela propriedade do imóvel (não há perda de propriedade, a propriedade não é transferida do particular para o Poder Público), mas sim pelos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel.

A regra, portanto, é o não cabimento de indenização por parte do Estado. Se o uso da propriedade particular pelo Poder Público não provocou prejuízo ao proprietário, não há que se falar em indenização. Só o exame de cada caso concreto é que permitirá avaliar se haverá ou não direito à indenização. Se houver prejuízo, deverá o proprietário ser indenizado em montante equivalente ao respectivo prejuízo; se não houver prejuízo, a Administração

nada terá que indenizar. O ônus da prova cabe ao proprietário: a ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produziu nenhum prejuízo.

A indenização, se cabível, deverá ser acrescida das parcelas relativas a juros moratórios, atualização monetária e honorários de advogado.

5.1.3. *Extinção*

A servidão administrativa é, em princípio, permanente, devendo permanecer a utilização do bem pelo Poder Público enquanto necessário à consecução dos objetivos que inspiraram sua instituição.

Entretanto, poderão ocorrer fatos supervenientes que acarretem a extinção da servidão, como, por exemplo: o desaparecimento do bem gravado com a servidão (se desaparece o bem alheio, a servidão extingue-se naturalmente); a incorporação do bem gravado ao patrimônio da pessoa em favor da qual foi instituída a servidão (se o Poder Público passa à condição de proprietário do bem alheio, desaparece a servidão, pois não faz sentido falar em servidão imposta sobre seus próprios bens); o desinteresse superveniente do Estado em continuar utilizando o imóvel particular, objeto da servidão (se não há interesse público no uso do bem, desaparece a servidão).

5.1.4. *Principais características*

Apresentamos as principais características da servidão administrativa, conforme a excelente síntese de lavra do Prof. José Carlos dos Santos Filho:

- a) a natureza jurídica é a de direito real;
- b) incide sobre bem imóvel;
- c) tem caráter de definitividade;
- d) a indenização é prévia e condicionada (só se houver prejuízo);
- e) inexistência de auto-executoriedade: só se constitui mediante acordo ou sentença judicial.

5.2. **Requisição**

Requisição é o instrumento de intervenção estatal mediante o qual, em situação de perigo público iminente, o Estado utiliza bens móveis, imóveis ou serviços particulares com indenização ulterior, se houver dano.

Na lição do Prof. Hely Lopes, “requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias”.

Há, na vigente Constituição, previsão expressa para o instituto (CF, art. 5º, XXV):

“XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

A requisição administrativa pode ser civil ou militar. A requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional, diante de conflito armado, comoção intestina etc.; a requisição civil visa a evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, diante de inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, epidemias, catástrofes etc.

5.2.1. *Objeto e indenização*

O objeto da requisição abrange móveis, imóveis e serviços particulares. Numa situação de iminente perigo público (calamidade pública, p. ex.), poderá o Poder Público requisitar o uso de imóvel de particular, dos equipamentos e dos serviços médicos de determinado hospital privado etc.

A indenização pelo uso dos bens alcançados pela requisição é condicionada: o proprietário só fará jus à indenização se houver dano; inexistindo danos, não há que se falar em indenização; existindo indenização, será ela sempre ulterior, como expressa o texto constitucional (CF, art. 5º, XXV).

5.2.2. *Instituição e extinção*

Presente a situação de perigo iminente, a requisição pode ser decretada de imediato, sem necessidade de prévia autorização judicial. O ato administrativo que formaliza a requisição é auto-executório, não depende de qualquer apreciação judicial prévia. O ato de requisição, na lição do Prof. Hely Lopes, “é sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente e vinculado à lei quanto à competência da autoridade requisitante, à finalidade do ato e, quando for o caso, ao procedimento adequado. Esses quatro últimos aspectos são passíveis de apreciação judicial, notadamente para a fixação do justo valor da indenização”.

A requisição é instituto de natureza transitória: sua extinção dar-se-á tão logo desapareça a situação de perigo público iminente que justificou sua instituição.

5.2.3. *Principais características*

Apresentamos as principais características da requisição administrativa, didaticamente sintetizadas pelo Prof. José Carlos dos Santos Filho (em confronto com as características da servidão administrativa, estudada no item precedente):

- a) é direito pessoal da Administração (a servidão é direito real);
- b) seu pressuposto é o perigo público iminente (na servidão inexistente essa exigência, bastando a existência de interesse público);
- c) incide sobre bens móveis, imóveis e serviços (a servidão só incide sobre bens imóveis);
- d) caracteriza-se pela transitoriedade (a servidão tem caráter de definitividade);
- e) a indenização, somente devida se houver dano, é ulterior (na servidão, a indenização, embora também condicionada à existência de prejuízo, é prévia).

5.3. **Ocupação temporária**

Ocupação temporária é a forma de intervenção pela qual o Poder Público usa transitoriamente imóveis privados, como meio de apoio à execução de obras e serviços públicos.

Para o Prof. Hely Lopes, “ocupação temporária ou provisória 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”.

É o que normalmente ocorre quando a Administração tem a necessidade de ocupar terreno privado para depósito de equipamentos e materiais destinados à realização de obras e serviços públicos nas vizinhanças. Por exemplo: a ocupação temporária de terrenos de particulares contíguos a estradas (em construção ou reforma), para a alocação de máquina de asfalto, equipamentos de serviço, pequenas barracas de operários etc. É o que ocorre, também, na época das eleições ou campanhas de vacinação pública, em que o Poder Público usa de escolas, clubes e outros estabelecimentos privados para a prestação dos serviços.

5.3.1. *Instituição, extinção e indenização*

A instituição da ocupação temporária dá-se por meio da expedição de ato pela autoridade administrativa competente, que deverá fixar, desde logo, e se for o caso, a justa indenização devida ao proprietário do imóvel ocupado. É ato auto-executório, que não depende de apreciação prévia do Poder Judiciário.

A extinção da ocupação temporária dá-se com a conclusão da obra ou serviço pelo Poder Público. Se a ocupação temporária é instituída em razão da realização de uma obra ou serviços públicos, segue-se que a propriedade privada deve ser desocupada tão logo esteja concluída a atividade pública. Extinta a causa que lhe deu origem, extingue-se o efeito da ocupação.

Na ocupação temporária, a indenização é também condicionada à ocorrência de prejuízo ao proprietário: em princípio não haverá indenização alguma, mas esta deverá ocorrer se o uso do bem particular acarretar prejuízo ao seu proprietário.

5.3.2. *Características*

São as seguintes as principais características da ocupação temporária (síntese extraída da obra do Prof. José dos Santos Carvalho Filho, que estabelece um didático confronto entre as características dos institutos até aqui estudados):

- a) cuida-se de direito de caráter não-real (igual à requisição e diferente da servidão);
- b) só incide sobre a propriedade imóvel (neste ponto é igual à servidão, mas se distingue da requisição, que incide sobre móveis, imóveis e serviços);
- c) tem caráter de transitoriedade (o mesmo que a requisição; a servidão, ao contrário, tem natureza de permanência);
- d) a situação constitutiva da ocupação é a necessidade de realização de obras e serviços públicos normais (a mesma situação que a servidão, mas diversa da requisição, que exige situação de perigo público iminente);
- e) a indenização varia de acordo com a modalidade de ocupação temporária: se for vinculada à desapropriação, haverá dever indenizatório; se não for, inexistirá em regra esse dever, a menos que haja prejuízos para o proprietário (a requisição e a servidão podem ser, ou não, indenizáveis; sendo assim, igualam-se, nesse aspecto, à ocupação temporária não vinculada à desapropriação, mas se diferenciam da primeira modalidade, com desapropriação, porque esta é sempre indenizável).

5.4. Limitações administrativas

Limitações administrativas são determinações de caráter **geral**, por meio das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social.

Na lição de Hely Lopes, “limitação administrativa 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”.

As limitações administrativas derivam do poder de polícia da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (permitir fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.

As limitações administrativas devem ser gerais, dirigidas a propriedades indeterminadas. Para situações particulares que conflitem com o interesse público, deve ser empregada pelo Poder Público a servidão administrativa ou a desapropriação, mediante justa indenização – nunca a limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da coletividade.

Essas limitações podem atingir não só a propriedade imóvel e seu uso como quaisquer outros bens e atividades particulares que tenham implicações com o bem-estar social, com os bons costumes, com a segurança e a saúde da coletividade, com o sossego e a higiene da cidade e até mesmo com a estética urbana.

São exemplos de limitações administrativas: a obrigação de observar o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos; a proibição de desmatamento de parte da área de floresta em cada propriedade rural; obrigação imposta aos proprietários de efetuarem limpeza de terrenos ou a que impõe o parcelamento ou a edificação compulsória do solo; proibição de construir além de determinado número de pavimentos etc.

5.4.1. *Distinções de outros institutos*

Limitação administrativa não pode ser confundida com servidão administrativa. A limitação administrativa é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade; a servidão administrativa é um ônus real sobre determinada e específica propriedade privada, mediante indenização pelo Poder Público (se houver

prejuízo para o proprietário), para propiciar a execução de algum serviço público. O recuo na construção de edifícios, limitação imposta genericamente, é exemplo típico de limitação administrativa; o atravessamento de um terreno com aqueduto para abastecimento de uma cidade é caracteristicamente uma servidão administrativa.

Limitação administrativa não se confunde com a desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma limitação geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a desapropriação, por retirar do particular a sua propriedade, impõe o dever de indenizar o proprietário.

5.4.2. *Instituição e indenização*

As limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar de matéria de Direito Público, da competência federal, estadual e municipal.

As limitações administrativas, por constituírem imposições gerais, impostas a propriedades indeterminadas, não ensejam nenhuma indenização por parte do Poder Público em favor dos proprietários.

Essas limitações alcançam uma quantidade indeterminada de propriedades e, por isso, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca gerar direitos subjetivos. Ao contrário da servidão e da desapropriação, não visam as limitações administrativas a impor restrições nesta ou naquela propriedade. Os prejuízos eventualmente ocorridos não são individualizados, mas sim gerais, devendo ser suportados por um número indefinido de membros da coletividade em favor desta.

5.4.3. *Características*

São características das limitações administrativas (em confronto com as demais formas interventivas):

- a) são atos legislativos ou administrativos de caráter geral (todas as demais formas interventivas decorrem de atos singulares, com indivíduos determinados);
- b) têm caráter de definitividade (igual ao das servidões, mas diverso da natureza da requisição e da ocupação temporária);
- c) o motivo das limitações administrativas é vinculado a interesses públicos abstratos (nas demais formas interventivas, o motivo é sempre a execução de obras e serviços públicos específicos);

- d) ausência de indenização (nas outras formas, pode ocorrer indenização quando há prejuízo para o proprietário).

5.5. Tombamento

Tombamento é a modalidade de intervenção na propriedade por meio da qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro.

No tombamento, o Estado intervém na propriedade privada para proteger a memória nacional, protegendo bens de ordem histórica, artística, arqueológica, cultural, científica, turística e paisagística. A maioria dos bens tombados é de imóveis de valor arquitetônico de épocas passadas em nossa história. É comum, também, o tombamento de bairros ou até mesmo de cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. O tombamento pode, ainda, recair sobre bens móveis.

A Constituição Federal estabelece, expressamente, a autorização para essa modalidade de intervenção na propriedade, nos seguintes termos (CF, art. 216, § 1º):

“§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

5.5.1. *Espécies*

O tombamento pode ser voluntário ou compulsório, provisório ou definitivo.

Ocorre o tombamento voluntário quando o proprietário consente no tombamento, seja por meio de pedido que ele mesmo formula ao Poder Público, seja concordando voluntariamente com a proposta de tombamento que lhe é dirigida pelo Poder Público.

O tombamento compulsório ocorre quando o Poder Público realiza a inscrição do bem como tombado, mesmo diante da resistência e do inconformismo do proprietário.

O tombamento é provisório enquanto está em curso o processo administrativo instaurado pela notificação do Poder Público, e definitivo quando, depois de concluído o processo, o Poder Público procede à inscrição do bem como tombado, no respectivo registro de tombamento.

5.5.2. *Instituição*

O tombamento é sempre resultante de vontade expressa do Poder Público, manifestada por ato administrativo do Executivo.

A competência para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (CF, art. 24, VII). A legislação federal e estadual poderá, no que couber, ser suplementada pela legislação municipal, por força do art. 30, II, da Constituição Federal.

Ademais, por força do art. 30, IX, da Lei Maior, cabe também ao Município a competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

5.5.3. *Processo do tombamento*

O ato de tombamento deve ser precedido de processo administrativo, no qual serão apurados os aspectos que materializam a necessidade de intervenção na propriedade privada para a proteção do bem tombado.

Nesse processo, são obrigatórios:

- (a) o parecer do órgão técnico cultural;
- (b) a notificação ao proprietário, que poderá manifestar-se anuindo com o tombamento ou impugnando a intenção do Poder Público de decretá-lo;
- (c) decisão do Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as manifestações dos técnicos e do proprietário. A decisão concluirá:
 - (c.1) pela anulação do processo, se houver ilegalidade;
 - (c.2) pela rejeição da proposta de tombamento; ou
 - (c.3) pela homologação da proposta, se necessário o tombamento;
- (d) possibilidade de interposição de recurso pelo proprietário, contra o tombamento, a ser dirigido ao Presidente da República.

Como se vê, é imprescindível para o ato de tombamento a existência do processo administrativo, com observância do princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV), no qual se assegure ao proprietário o direito ao contraditório e à ampla defesa, no intuito de que este possa comprovar, se for o caso, a inexistência de relação entre o bem a ser tombado e a proteção ao patrimônio cultural.

5.5.4. *Efeitos do tombamento*

O ato de tombamento gera alguns relevantes efeitos no que concerne ao uso e à alienação do bem tombado.

Efetivado o tombamento e o respectivo registro no Office de Registro de Imóveis respectivo, surgem os seguintes efeitos:

- a) é vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de uso, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado;
- b) o proprietário somente poderá reparar, pintar ou restaurar o bem após a devida autorização do Poder Público;
- c) o proprietário deverá conservar o bem tombado para mantê-lo dentro de suas características culturais; para isso, se não dispuser de recursos para proceder a obras de conservação e restauração, deverá necessariamente comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o qual poderá mandar executá-las a suas expensas;
- d) independentemente de solicitação do proprietário, pode o Poder Público, no caso de urgência, tomar a iniciativa de providenciar as obras de conservação;
- e) no caso de alienação do bem tombado, o Poder Público tem direito de preferência; antes de alienar o bem tombado, deve o proprietário notificar a União, o Estado e o Município onde se situe, para exercerem, dentro de trinta dias, seu direito de preferência; caso não seja observado o direito de preferência, será nula a alienação, ficando autorizado o Poder Público a seqüestrar o bem e impor ao proprietário e ao adquirente multa de 20% (vinte por cento) do valor do contrato;
- f) o tombamento do bem não impede o proprietário de gravá-lo por meio de penhor, anticrese ou hipoteca;
- g) não há obrigatoriedade de o Poder Público indenizar o proprietário do imóvel no caso de tombamento.

Finalmente, cabe ressaltar que o tombamento não é a única maneira de proteção do patrimônio cultural brasileiro, pois este intuito pode ser alcançado, também, por meio da ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), do direito de petição aos Poderes Públicos (CF, art. 5º, XXXIV), da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 1985).

5.6. **Desapropriação**

Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade

pública, de necessidade pública, ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de justa e prévia indenização.

O Prof. Hely Lopes conceitua desapropriação ou expropriação como “a transferência compulsória de propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (CF, art. 184)”.

Como se vê, trata-se da mais gravosa modalidade de intervenção do Estado na propriedade, com a efetivação da transferência do domínio do particular para o Poder Público. Ao contrário das demais formas de intervenção na propriedade estudadas, em que o Poder Público apenas condicionava o uso da propriedade, na desapropriação o objetivo da atuação estatal é a transferência do bem desapropriado para o acervo do expropriante.

A doutrina classifica a desapropriação como forma **originária** de aquisição de propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação e libera-se de quaisquer ônus que sobre ele incidissem precedentemente, ficando eventuais credores sub-rogados no preço.

A desapropriação é efetivada mediante um procedimento administrativo, na maioria das vezes acompanhado de uma fase judicial. Esse procedimento tem início com a fase administrativa, em que o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e dá início às medidas visando à transferência do bem. Se houver acordo entre o Poder Público e o proprietário do bem, o que é raro, o procedimento esgota-se nessa fase. Na ausência de acordo, o procedimento entra na sua fase judicial, em que o magistrado solucionará a controvérsia.

5.6.1. *Pressupostos*

São pressupostos da desapropriação:

- a) a utilidade pública ou a necessidade pública;
- b) o interesse social.

Ocorre a utilidade pública quando a transferência do bem para o Poder Público é conveniente, embora não seja imprescindível. Exemplo de utilida-

de pública seria a desapropriação de um imóvel para a construção de uma escola.

É oportuno registrar que, na hipótese de desapropriação para a realização de uma obra, a legislação prevê a possibilidade de ser desapropriada uma área maior do que aquela que será inicialmente ocupada pela obra, a fim de assegurar que, no futuro, haja o desenvolvimento dessa mesma obra, ou simplesmente para alienação futura de áreas próximas à obra que, por sua causa, sofrerão valorização extraordinária. Essa modalidade de desapropriação é denominada, pela doutrina, “**desapropriação por zona**”, e sua base legal é o art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, cuja redação transcrevemos:

“Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.”

A necessidade pública decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Na necessidade pública, para a situação de emergência ser resolvida satisfatoriamente, faz-se necessária a transferência urgente de bens de terceiros para o Poder Público. A desapropriação imediata de imóvel para salvaguardar a segurança nacional (ou para fazer face a uma calamidade pública), é caso de necessidade pública.

Convém mencionar que o Decreto-Lei nº 3.365/1941 somente utiliza, de forma genérica, a expressão “utilidade pública”, tanto para os casos ensejadores de desapropriação que configuram situações emergenciais, quanto para os casos de simples conveniência para o Poder Público. Entretanto, como a própria Constituição utiliza a expressão “necessidade pública” (art. 5º, XXIV), não podemos concluir que esse conceito tenha deixado de existir. A solução que nos parece mais razoável é adotar a distinção entre utilidade e necessidade pública, para efeitos didáticos, mas considerar que utilidade pública, nos termos da lei, é uma denominação genérica, que abrange todos casos de desapropriação não enquadrados como de interesse social, incluídos os casos doutrinariamente classificados como de necessidade pública. De qualquer forma, o importante é ressaltar que o regime jurídico da desapropriação por utilidade ou por necessidade pública é o mesmo e um só.

O interesse social consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade. Certas circunstâncias impõem o condicionamento da propriedade, para seu melhor aproveitamento em benefício da coletividade. A desapropriação de terras rurais, para fins de reforma agrária ou assento de

colonos, é caso típico de interesse social, pois busca condicionar o uso da terra à sua função social.

5.6.2. *Autorização constitucional*

A regra matriz da desapropriação está no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, que estabelece:

“XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

Além dessa regra geral, contemplada no art. 5º, XXIV, da Carta Política, temos ainda no texto constitucional outras três previsões específicas de desapropriação.

A primeira delas está no art. 182, § 4º, III, da Constituição, denominada pela doutrina “desapropriação urbanística”. Essa hipótese de desapropriação possui caráter sancionatório e pode ser aplicada ao proprietário de solo urbano que não atenda à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade, nos termos do plano diretor do Município. O expropriante, nessa hipótese, será o Município, segundo as regras gerais de desapropriação estabelecidas em lei federal. A indenização será paga mediante títulos 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.

A segunda hipótese é a denominada “desapropriação rural”, que incide sobre imóveis rurais destinados à reforma agrária (CF, art. 184). Cuida-se, em verdade, de desapropriação por interesse social com finalidade específica (reforma agrária), incidente sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social. O expropriante nessa hipótese é exclusivamente a União, e a indenização será em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A terceira espécie de desapropriação está prevista no art. 243 da Constituição Federal, denominada “desapropriação confiscatória”, porque não assegura ao proprietário nenhum direito à indenização, sempre devido nas demais hipóteses de desapropriação. Essa desapropriação incide sobre glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, que serão, após a transferência de propriedade, destinadas ao

assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

As regras constitucionais sobre desapropriação são completadas por meio de algumas leis específicas, a saber: Decreto-Lei nº 3.365, de 1941 (Lei Geral da desapropriação, que cuida especificamente da desapropriação por utilidade pública); Lei nº 4.132, de 1962 (desapropriação por interesse social); Lei nº 8.629, de 1993 (desapropriação rural); Lei Complementar nº 76, de 1993 (desapropriação rural para fins de reforma agrária).

5.6.3. *Bens desapropriáveis*

Em regra, a desapropriação pode ter por objeto qualquer espécie de bem de valoração patrimonial. O bem desapropriável pode ser móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Admite-se que a desapropriação incida sobre: o espaço aéreo; o subsolo; as ações, quotas ou direitos de qualquer sociedade etc.

Porém, há bens que não podem ser desapropriados, como a moeda corrente do País (pois ela é o próprio meio em que comumente se paga a indenização pela desapropriação) e os chamados direitos personalíssimos, tais como a honra, a liberdade, a cidadania etc.

Os bens públicos podem ser objeto de desapropriação pelas entidades estatais superiores, desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e seja observada a hierarquia política entre estas entidades. Assim, a União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; os Estados podem desapropriar bens dos Municípios; os bens da União não são passíveis de expropriação; os Municípios e o Distrito Federal não têm poder de desapropriar os bens das demais entidades federativas.

Da mesma forma, há vedação em relação a Estados e Municípios, uns em face dos outros. Por exemplo: um Estado não pode desapropriar bens de outros Estados; o Estado não pode desapropriar bem de Município situado em Estado diverso, tampouco podem os Municípios desapropriar bens de outros Municípios.

E, ressalte-se: mesmo nas hipóteses permitidas de desapropriação de bens públicos (entidades superiores sobre bens das entidades inferiores), a entidade somente poderá desapropriar se devidamente autorizada pelo Poder Legislativo de seu âmbito (no caso da União, pelo Congresso Nacional; no caso dos Estados, pela respectiva Assembléia Legislativa).

Cabe mencionar, também, que, nos termos do § 3º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, é vedada a desapropriação, pelos estados, Distrito Federal e municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições

e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, **salvo mediante prévia autorização**, por **decreto** do Presidente da República.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização (STF, Súmula 479).

5.6.4. Competência

O estudo das competências estatais em termos de desapropriação deve levar em conta frentes distintas: competência legislativa, competência declaratória e competência executória.

A competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União, nos termos do art. 22, II, da Lei Maior, significando dizer que só a União poderá criar regras jurídicas novas sobre esse instituto. Essa competência privativa, porém, poderá ser delegada aos Estados e ao Distrito Federal, para o trato de questões específicas, desde que a delegação seja efetivada por meio de lei complementar (CF, art. 22, parágrafo único).

A competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social do bem, com vistas à futura desapropriação, é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois a eles cabe proceder à valoração dos casos de utilidade pública e de interesse social que justifiquem a desapropriação. Esses casos, por óbvio, podem ser de interesse federal, estadual ou municipal, razão pela qual todos os entes federativos podem declarar a utilidade pública ou o interesse social.

Entretanto, há um caso de desapropriação por interesse social em que a competência para a sua declaração é privativa da União: a hipótese de desapropriação por interesse social para o fim específico de promover a reforma agrária (CF, art. 184). Mas, repita-se, somente para a reforma agrária a competência da União é privativa; nos demais casos de desapropriação, ainda que por interesse social, a competência para a declaração é de todos os entes federativos.

A competência executória, isto é, para promover efetivamente a desapropriação, providenciando todas as medidas e exercendo as atividades que culminarão na transferência da propriedade, é mais ampla, alcançando, além das entidades da Administração direta e indireta, os agentes delegados do Poder Público, como os concessionários e permissionários.

Portanto, além da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades da Administração indireta desses entes políticos (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas), as empresas que executam serviços públicos por meio de concessão ou per-

missão podem executar a desapropriação, figurando no processo com todas as prerrogativas, direitos, obrigações, deveres e respectivos ônus, inclusive o relativo ao pagamento da indenização.

Entretanto, para as pessoas que exercem funções delegadas do Poder Público a competência é condicionada, visto que só podem propor a ação de desapropriação se estiverem expressamente autorizados em lei ou contrato (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 3º).

5.6.5. *Destinação dos bens*

Como regra, os bens desapropriados passam a integrar o patrimônio das entidades ligadas ao Poder Público que providenciaram a desapropriação e pagaram a respectiva indenização. Se um imóvel é desapropriado pela União para instalação de uma Secretaria, ingressará ele no patrimônio da União e, então, adquirirá a natureza jurídica de bem público.

Sempre que o bem expropriado tiver utilização para o próprio Poder Público, em seu próprio benefício, dá-se o que a doutrina denomina de “integração definitiva”. Ao contrário, se a desapropriação tiver sido efetuada para que o bem seja utilizado e desfrutado por terceiro, dar-se-á a “integração provisória”.

São exemplos de integração provisória: a desapropriação para fins de reforma agrária, pois os bens só ficam em poder do Estado enquanto não são repassados para os futuros beneficiários da reforma agrária; a desapropriação para abastecimento da população, em que os bens são distribuídos à população; a desapropriação confiscatória (CF, art. 243), pois as glebas rurais serão destinadas ao assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos etc.

5.6.6. *Procedimento de desapropriação*

O procedimento administrativo de desapropriação é composto, basicamente, de duas fases distintas: fase declaratória e fase executória.

Na fase declaratória, o Poder Público manifesta sua vontade na futura desapropriação; na fase executória, são adotadas as providências para consumir a transferência do bem do patrimônio particular para o Poder Público.

5.6.6.1. *Fase declaratória*

A fase declaratória tem início com a chamada “declaração expropriatória”, em que o Poder Público emite sua intenção de ulteriormente transferir

a propriedade do bem para seu patrimônio, ou para o de pessoa delegada, com o objetivo de executar determinada atividade pública prevista em lei.

Na declaração expropriatória, o Poder Público declara a existência de utilidade pública ou interesse social para a desapropriação de determinado bem, pois são esses os pressupostos constitucionais que legitimarão a futura transferência da propriedade de tal bem para o seu domínio.

A declaração expropriatória é feita por decreto do Presidente da República, Governador ou Prefeito. Admite-se, também, que a iniciativa da desapropriação seja do Poder Legislativo (art. 8º do DL nº 3.365/1941). Nesta última hipótese, excepcional, há controvérsia doutrinária sobre o ato a ser utilizado pelo Poder Legislativo. Os administrativistas, majoritariamente, afirmam que a declaração expropriatória seria veiculada em lei, mas importantes autores entendem que o ato deve ser um decreto legislativo. A diferença fundamental é que, se o ato for um decreto legislativo, não há sujeição ao Poder Executivo, para efeito de sanção ou veto.

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) que exigia prévia aprovação da Câmara Legislativa para a edição do decreto expropriatório pelo Governador desse ente federado. Entendeu a Corte Suprema que a regra da LODF extrapolava o procedimento previsto no Decreto-Lei nº 3.365/1941 e, portanto, houve invasão, pelo Distrito Federal, da competência privativa da União para legislar sobre desapropriação (CF, art. 22, II). Além disso, deixou assente o Supremo Tribunal Federal, citando diversos precedentes, que o Poder Executivo tem discricionariedade para tomar a decisão político-administrativa de expropriar um bem de propriedade de um particular, não podendo o exercício dessa competência estar sujeito a exigência de prévia aprovação legislativa (ADI 969/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27.09.2006).

Na declaração expropriatória devem constar: (a) a descrição precisa do bem a ser desapropriado; (b) a finalidade da desapropriação; (c) o dispositivo legal da lei expropriatória que autoriza tal hipótese de desapropriação.

Expedido o decreto, declarando a utilidade pública ou o interesse social, manifestado está o interesse do Poder Público na desapropriação de determinado bem. Com a expedição do decreto, surgem os seguintes efeitos:

- a) permissão para que as autoridades competentes possam penetrar no prédio objeto da declaração, sendo possível o recurso à força policial no caso de resistência do proprietário;
- b) início da contagem do prazo para ocorrência da caducidade do ato;
- c) indicação do estado em que se encontra o bem objeto da declaração para efeito de fixar o valor da futura indenização;

- d) não há impedimento para que sejam concedidas licenças para obras no imóvel já declarado de utilidade pública ou de interesse social, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada (STF, Súmula 23).

A respeito da indenização, cabe destacar o seguinte: a indenização somente abrange as benfeitorias necessárias, quando feitas após a declaração de utilidade pública ou de interesse social, e as úteis, quando o proprietário for autorizado pelo Poder Público; não são indenizáveis as benfeitorias voluptuárias feitas após referida declaração.

No caso de declaração de utilidade pública, o decreto expropriatório caduca no prazo de **cinco anos**, contado da data da expedição do decreto, se a desapropriação não for efetivada mediante acordo ou sentença judicial nesse prazo. Significa dizer que esse é o prazo máximo permitido na lei para que o Poder Público efetive a desapropriação do bem declarado de utilidade pública. Expirado o prazo de cinco anos sem a transferência do bem mediante acordo entre as partes ou sem o ajuizamento da ação de desapropriação com a consequente citação do expropriado, termina a eficácia do decreto de declaração de utilidade pública.

Na hipótese de desapropriação por interesse social, referido prazo é de **dois anos**, também contado a partir da expedição do decreto.

Ocorrendo a caducidade, somente decorrido **um ano** poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração. Portanto, a caducidade não é definitiva: passado o prazo de um ano, o Poder Público poderá expedir novo decreto declaratório da utilidade pública ou do interesse social na desapropriação do mesmo bem.

5.6.6.2. Fase executória

Após a fase declaratória, em que é afirmada a intenção de desapropriar o bem, por utilidade pública ou interesse social, o Poder Público passa a agir efetivamente para ultimar a desapropriação, para completar a transferência do bem para o expropriante e assegurar ao expropriado a devida indenização. Essa é a fase executória da desapropriação.

A transferência do bem poderá ser efetivada na via administrativa ou na via judicial.

A transferência será efetivada na via administrativa se houver acordo entre o Poder Público e o expropriado. As partes chegam num consenso, com o proprietário manifestando sua vontade de transferir o bem e o Poder Público concordando com o valor da indenização a ser paga. Se há acordo entre as

partes a respeito da desapropriação do bem e do pagamento da respectiva indenização, não há que se falar em fase judicial. Esse acordo jurídico bilateral, de natureza onerosa, retrata um contrato de compra e venda e recebe o nome de “desapropriação amigável”.

Havendo acordo na via administrativa, esse negócio jurídico será formalizado por meio de escritura pública ou por outro meio que a lei venha especificamente indicar.

Não havendo acordo na via administrativa, será proposta ação judicial com o intuito de solucionar o conflito de interesses entre o Poder Público e o proprietário.

A discussão na via judicial, porém, é restrita, conforme disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/41:

“Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.”

Como se vê, no processo de desapropriação não se pode discutir a existência dos motivos que o administrador considerou como de utilidade pública ou de interesse social, ou se houve desvio de finalidade do administrador, pois essa discussão fatalmente retardaria o desfecho da ação de desapropriação. O interessado, porém, pode levar essas questões ao conhecimento do Poder Judiciário em ação autônoma, que a lei chamou de “ação direta”. O juiz pode, também, decidir sobre a regularidade extrínseca do ato expropriatório (competência, forma, caducidade etc.), bem assim sobre as nulidades processuais.

5.7. Ação de desapropriação

O sujeito ativo da ação de desapropriação será o Poder Público ou a pessoa privada que exerce função delegada (concessionário ou permissionário), esta quando autorizada em lei ou contrato. O proprietário nunca atua como parte no pólo ativo da ação de desapropriação. Portanto, o autor da ação de desapropriação poderá ser a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, uma sociedade de economia mista, uma empresa pública, uma fundação pública, uma autarquia, um concessionário ou permissionário de serviço público.

O sujeito passivo do processo (o réu) será sempre o proprietário do bem a ser desapropriado, que contestará a proposta feita pelo Poder Público, apresentando suas razões.

Enfim, o autor da ação de desapropriação será o expropriante (Poder Público ou seu delegatário) e o réu será o proprietário do bem a ser expropriado.

O pedido na ação será a consumação da transferência do bem desapropriado para o patrimônio do Poder Público. A petição inicial deverá conter: a oferta do preço, cópia do contrato ou do diário oficial em que houver sido publicado o decreto expropriatório e uma planta ou descrição do bem a ser desapropriado e suas confrontações.

O Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, em qualquer processo de desapropriação.

5.7.1. *Contestação*

A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço: qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 20).

Na contestação, a lei só permite que se discuta o preço (valor da indenização) e questões processuais (ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir, inépcia da petição inicial, litispendência, existência de coisa julgada etc.).

Desse modo, no mérito, as partes só poderão discutir o valor da indenização. Se o expropriado pretender discutir com o Poder Público questões sobre desvio de finalidade, inexistência de interesse social ou utilidade pública, dúvida na caracterização do proprietário etc., deverá propor nova ação, autônoma.

5.7.2. *Imissão provisória na posse*

Em regra, a posse do expropriante sobre o bem expropriado somente ocorre quando tiver sido ultimado todo o processo de desapropriação, com a transferência jurídica do bem, após o pagamento da devida indenização.

Porém, desde que haja declaração de urgência e depósito prévio, é possível a imissão provisória na posse, isto é, que o expropriante passe a ter a posse provisória do bem antes da finalização da ação de desapropriação.

É o que preceitua o art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, nos seguintes termos:

“Art. 15. 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.”

São dois os pressupostos para a imissão provisória na posse:

- a) declaração de urgência pelo Poder Público (a declaração poderá ser no próprio decreto expropriatório ou em outro momento, no curso da ação de desapropriação);
- b) efetivação de depósito prévio, cujo valor será arbitrado pelo juiz segundo critérios da lei expropriatória.

O expropriante tem direito subjetivo à imissão provisória, não podendo o juiz denegar o requerimento, desde que cumpridos os pressupostos acima indicados.

A lei fixa o prazo de 120 (cento e vinte dias), a partir da alegação da urgência, para que o expropriante requeira ao juiz a imissão provisória na posse; se não o fizer nesse prazo, o juiz não mais deferirá a imissão.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “só a perda da propriedade, ao final da ação de desapropriação – e não a imissão provisória na posse do imóvel – está compreendida na garantia da justa e prévia indenização”.

Segundo essa orientação do Supremo Tribunal Federal, o valor definitivo da indenização somente se dá com a transferência do bem, ao final do procedimento de desapropriação, e não, desde logo, na oportunidade do depósito prévio para fins de imissão provisória na posse do imóvel.

5.7.3. *Sentença e transferência do bem*

A sentença no processo de desapropriação soluciona a lide, decidindo o mérito e fixando o valor da justa indenização a ser paga pelo expropriante ao expropriado.

Efetuada o pagamento da indenização, consuma-se a desapropriação, adquirindo o Poder Público a imissão definitiva na posse da propriedade do bem expropriado e o direito de providenciar a regularização da transferência do bem perante o Registro de Imóveis.

Portanto, a sentença gera os seguintes efeitos:

- a) autoriza a imissão definitiva na posse do bem em favor do expropriante;
- b) constitui título hábil para a transcrição da propriedade do bem no registro imobiliário.

5.7.4. *Indenização*

A indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro. São esses os princípios aplicáveis à indenização na desapropriação: precedência, justiça e pecuniariedade.

Para ser justa, a indenização deverá abranger não só o valor atual do bem expropriado, como também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade, além dos juros moratórios e compensatórios, da atualização monetária, das despesas judiciais e dos honorários advocatícios.

Embora a regra geral seja a prévia e justa indenização em dinheiro, há certas exceções.

A primeira delas é a desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 184), em que a indenização é paga por meio de títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

A segunda exceção é a desapropriação para fins urbanísticos (CF, art. 182, § 4º, III), em que o pagamento da indenização será feito mediante títulos da dívida pública, de emissão anteriormente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas iguais e sucessivas, sendo assegurado o valor real da indenização e os juros legais.

Finalmente, temos a desapropriação confiscatória, prevista no art. 243 da Constituição Federal, que se consuma sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário.

5.7.5. *Desistência da desapropriação*

Caso não subsistam os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório, pode o Poder Público desistir da desapropriação, inclusive no curso da ação judicial. O expropriado não pode opor-se à desistência, mas terá direito à indenização por todos os prejuízos causados pelo expropriante.

A desistência pode ser declarada diretamente na ação de desapropriação, requerendo o Poder Público a extinção do processo sem julgamento do mérito, ou por meio da revogação do decreto expropriatório.

5.7.6. *Desapropriação indireta*

Desapropriação indireta é o fato administrativo por meio do qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia.

Na desapropriação indireta, repudiada pela doutrina, o Estado apropria-se de bem particular sem o devido processo legal: não declara o bem como de interesse público e não paga a justa e prévia indenização. Apropria-se do bem e pronto! Exemplo de desapropriação indireta é a apropriação de

áreas privadas pelo Poder Público para a abertura de estradas sem o devido pagamento de indenização.

O fundamento legal para a desapropriação indireta está no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que cuida do chamado “fato consumado”, nos seguintes termos:

“Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”

A figura do “fato consumado” reza o seguinte: havendo a incorporação de fato de um bem ao patrimônio público, mesmo sendo nulo (ou inexistente) o processo de desapropriação, o proprietário não terá direito ao retorno do bem a seu patrimônio; em vez de postular o retorno do bem ao seu patrimônio, só poderá postular em juízo reparação pelas perdas e danos causados pelo expropriante.

A desapropriação indireta somente se consuma quando o bem se incorpora definitivamente ao patrimônio público, pois é esta incorporação que ocasiona a transferência da propriedade para o Poder Público.

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho cita o seguinte exemplo, que nos auxilia no entendimento do instituto: “Suponha-se, como exemplo, que a União se aproprie de várias áreas e instale diretamente um aeroporto, ou um abrigo para treinamento de militares. Concluídas essas realizações, os bens, certa ou erradamente, passaram à categoria de bens públicos, vale dizer, foram incorporados definitivamente ao patrimônio federal. Como reverter tal situação, levando em conta que esses bens se destinam ao exercício de uma atividade de interesse público? Como ficou despojado de seu direito de reaver o bem desapropriado, ao ex-proprietário só resta agir da forma como a lei previu, ou seja, terá que se conformar com a substituição de seu direito de reivindicar pelo de postular indenização em face das perdas e danos causados pelo expropriante”.

O proprietário vítima da desapropriação indireta deverá ajuizar a ação, visando à indenização pelas perdas e danos havidos, no prazo máximo de cinco anos, sob pena de prescrever o seu direito de ação.

A ação deve ser proposta no foro do local do imóvel e, uma vez julgada procedente, não prejudicará em nada o direito de propriedade do Poder Público sobre o bem expropriado, pois a sentença limitar-se-á a condenar o Poder Público a indenizar o autor, ex-proprietário, tendo em vista os prejuízos havidos na desapropriação indireta.

5.7.7. *Direito de extensão*

Direito de extensão é o direito do expropriado de exigir que a desapropriação e a respectiva indenização alcancem a totalidade do bem, quando o remanescente resultar esvaziado de seu conteúdo econômico.

O direito de extensão surge no caso de desapropriação parcial, quando a parte não expropriada do bem fica prática ou efetivamente inútil, inservível, sem valor econômico ou de difícil utilização. Para que não fique apenas com a propriedade dessa parte inservível, requer o proprietário que a desapropriação (e a conseqüente indenização) seja estendida a todo o bem, convertendo-se a desapropriação parcial em desapropriação total.

O direito de extensão deve ser manifestado pelo expropriado durante as fases administrativa ou judicial do procedimento de desapropriação. Não se admite o pedido após o término da desapropriação.

5.7.8. *Tredestinação*

Tredestinação é a destinação desconforme com o plano inicialmente previsto no ato expropriatório. Na tredestinação, o Poder Público desiste dos fins da desapropriação e transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que terceiro se beneficie de sua utilização.

Seria o caso de o Poder Público desapropriar certa área para a construção de uma escola e, de fato, ao invés de efetivar esse fim administrativo, conceder permissão para que certa empresa utilize tal área para outros fins. Nesse caso, temos a tredestinação ilícita, resultante de desvio de finalidade, em que a desapropriação deve ser considerada nula, com a reintegração do bem ao ex-proprietário.

A doutrina aponta, também, a hipótese de **tredestinação lícita**, em que, mantida a finalidade de interesse público, o Poder Público expropriante dá ao bem desapropriado destino diverso daquele inicialmente planejado. É o caso, por exemplo, de o Estado desapropriar uma área para a construção de uma escola e, dado o interesse público superveniente, vir a construir no local um hospital. Conforme já deixou assente o Superior Tribunal de Justiça “se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório, não há desvio de finalidade” (REsp 968.414/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 11.09.2007). Nessa hipótese, não há que se falar em ilicitude.

Se a alienação do bem se tiver consumado por meio de negócio jurídico bilateral (desapropriação amigável), não terá o particular direito à indenização no caso de o Poder Público ter destinado o bem a fim diverso do que pretendia.

5.7.9. *Retrocessão*

A retrocessão encontra-se disciplinada no art. 519 do vigente Código Civil nos seguintes termos:

“Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.”

Percebe-se uma significativa diferença, comparando-se o atual regramento do instituto com o constante do Código Civil passado: neste, quando o direito à retrocessão era exercido, o ex-proprietário simplesmente devolvia ao expropriante o valor que havia recebido de indenização; atualmente, o direito de preferência, se for exercido pelo ex-proprietário, o será pelo **valor atual** do bem expropriado.

A retrocessão surge quando há desinteresse superveniente do Poder Público pelo bem que desapropriou: o expropriante passa a ter a obrigação de oferecer ao ex-proprietário o bem desapropriado para que ele, desejando, exerça o direito de preferência, pelo valor atual do bem, caso em que este será a ele devolvido. Também surge para o expropriado o direito à retrocessão quando ocorre a denominada tredestinação ilícita. Na hipótese de não ser possível o retorno do bem ao domínio do expropriado, a obrigação do Estado e o direito do expropriado resolvem-se em perdas e danos.

A retrocessão não deve ser confundida com a desistência da desapropriação: a desistência da desapropriação ocorre antes da incorporação do bem ao patrimônio do Poder Público, antes de efetivada a transferência da propriedade do bem; aquela (a retrocessão) surge depois de já concluído o processo de desapropriação, após a transferência da propriedade do bem, por motivo de desinteresse público superveniente.

5.7.10. *Desapropriação rural*

A desapropriação rural tem por fim transferir para Poder Público imóvel qualificado como rural, para fins de reforma agrária, ou qualquer outro fim compatível com a política agrícola e fundiária.

A desapropriação rural é tipo de desapropriação por interesse social, prevista nos arts. 184 a 186 da Constituição Federal. Esses dispositivos constitucionais foram regulamentados pela Lei nº 8.629, de 1993; Lei Complementar nº 76, de 1993; e Lei Complementar nº 88, de 1996.

A competência para a desapropriação rural por interesse social é exclusiva da União, em razão de ser a matéria rural de interesse nacional. Não podem os Estados, o Distrito Federal e os Municípios efetivarem essa modalidade de desapropriação.

A fundamentação para a desapropriação rural é a mesma aplicável às demais modalidades de desapropriação, qual seja, o atendimento da função social da propriedade. Se a utilização da propriedade não é compatível com a função social rural, estará esta sujeita à desapropriação.

Nos exatos termos constitucionais, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos (CF, art. 186):

- a) aproveitamento racional e adequado;
- b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por outro lado, a Constituição considera insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 185):

- a) a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- b) a propriedade produtiva.

5.7.10.1. Indenização

No caso da desapropriação rural para fins de reforma agrária, a indenização não segue a regra geral prevista no art. 5º, XXIV, da Carta Política (justa e prévia indenização em dinheiro), que somente é aplicável aos casos de desapropriação por utilidade pública e interesse social de modo geral.

Como regra, temos que a indenização deverá ser prévia e justa, mas não em dinheiro e sim em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Porém, as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. Em relação a essas benfeitorias, portanto, o procedimento obedecerá à regra geral de desapropriação: oferecimento inicial do preço, depósito em juízo, se houver interesse de imissão provisória na posse, e obtenção da transferência das benfeitorias somente ao final, com o pagamento integral da indenização.

5.7.10.2. Procedimento

A Constituição estabeleceu que lei complementar disciplinasse o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação (CF, art. 184, § 3º).

Ao amparo desse dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 76/1993 (posteriormente modificada pela Lei Complementar nº 88/1996), que regulou referido processo nos termos a seguir comentados.

O procedimento tem início com a expedição do decreto de declaração de interesse social para a desapropriação pelo Presidente da República. Com a publicação do decreto declaratório, o Poder Público terá o prazo de **dois anos** para intentar a ação expropriatória, sob pena de caducidade. Essa caducidade, porém, não é absoluta: após um ano, contado de sua ocorrência, poderá ser baixado novo decreto declarando o mesmo bem de interesse social.

Com a publicação do decreto de declaração de interesse social, ficam as autoridades federais autorizadas a proceder à vistoria e à avaliação do bem, para que tenham os elementos necessários à elaboração da petição inicial da ação expropriatória. Se houver resistência por parte do proprietário, poderão as autoridades federais requerer ao juiz o recurso à força policial. Por outro lado, se nos procedimentos de vistoria e avaliação forem causados danos à propriedade, haverá responsabilização civil por perdas e danos, sem prejuízo da responsabilização criminal, se for o caso.

A vistoria do imóvel deve ser precedida de comunicação escrita ao proprietário, preposto ou representante, visando a assegurar ao proprietário o direito de acompanhar os procedimentos de reconhecimento e avaliação do imóvel. Se não for encontrado o proprietário, preposto ou representante, a comunicação poderá ser feita mediante edital a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado onde se situar o imóvel.

A ação de desapropriação será ajuizada pela União ou por uma de suas entidades da Administração Indireta, pois, como vimos, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é da competência privativa da União (CF, art. 184). Atualmente é o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), autarquia da União, que tem legitimidade para o ajuizamento da ação e pagamento da respectiva indenização.

Proposta a ação de desapropriação, teremos, em síntese, os seguintes procedimentos:

- a) O juiz, no despacho da inicial, já determina, de pronto ou em 48 horas, a imissão do autor na posse do imóvel (caso o autor já tenha efetuado o

devido depósito, para a imissão provisória na posse) e expede mandado de registro imobiliário para averbação da ação, com vistas ao conhecimento de terceiros;

- b) no curso da ação, nos dez primeiros dias após a citação, poderá ser realizada audiência de instrução e julgamento com a finalidade de fixar o valor da indenização; nessa audiência, presentes as partes e o Ministério Público, caso haja acordo sobre o valor da indenização, será lavrado o respectivo termo, devendo ser integralizado o valor pelo expropriante nos dez dias úteis subsequentes ao acordo e determinada a matrícula do bem em nome do expropriante;
- c) o expropriado poderá contestar no prazo de quinze dias, mas não poderá fazer qualquer apreciação sobre a declaração de interesse social (só poderá discutir questões preliminares e o valor ofertado para a indenização);
- d) o Ministério Público Federal intervirá obrigatoriamente no feito, após a manifestação das partes e antes de qualquer decisão firmada no processo, seja qual for a instância em que esteja tramitando;
- e) se houver acordo sobre o valor da indenização, com base na prova pericial, homologa-se por sentença; não havendo acordo, o juiz fixará a indenização, devendo o expropriante providenciar o depósito do valor complementar e o lançamento de novos títulos da dívida agrária, em atendimento ao laudo pericial acolhido pelo juiz;
- f) proferida a sentença, indicando o juiz os elementos que o levaram a arbitrar o valor da indenização, as partes poderão interpor recurso de apelação contra o preço fixado pelo magistrado; a apelação terá efeito apenas devolutivo, caso o apelante seja o expropriado; se a apelação for interposta pelo expropriante, deverá ser recebida também com efeito suspensivo; se a indenização for fixada em valor superior a 50% (cinquenta por cento) do valor ofertado, a sentença fica sujeita ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário).

5.7.11. *Desapropriação confiscatória*

A desapropriação confiscatória tem por fim a expropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de glebas em que sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, as quais serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (CF, art. 243).

Essa modalidade de desapropriação está regulamentada pela Lei nº 8.257/1991, que estabelece as regras processuais aplicáveis na transferência do bem imóvel ao Poder Público.

A competência para propor a ação expropriatória é privativa da União, podendo essa atribuição ser delegada a pessoa jurídica de sua Administra-

ção Indireta (autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista).

Nessa modalidade de desapropriação, não há que se falar em decreto de declaração de interesse social ou de utilidade pública, devido à ilicitude da atividade do proprietário.

O procedimento judicial obedecerá a rito sumário, que apresenta, em síntese, os seguintes atos:

- a) a petição inicial não especificará oferta de preço, como se exige nas demais modalidades de desapropriação, uma vez que, nesta, não cabe indenização;
- b) o juiz, ao ordenar a citação, já nomeará o perito, que terá o prazo de oito dias para apresentar o laudo sobre o imóvel;
- c) o prazo para contestação e indicação de assistentes é de quinze dias, a contar da juntada do mandado;
- d) o juiz designará audiência de instrução e julgamento dentro de quinze dias, contados da data da contestação;
- e) se o juiz conceder ao expropriante a imissão provisória na posse do imóvel, deverá proceder à realização de audiência de justificação, na qual será exercido o contraditório;
- f) encerrada a instrução, a sentença será proferida em cinco dias, e contra ela cabe recurso de apelação;
- g) transitada em julgado a sentença, o imóvel será incorporado ao acervo da União.

Nenhum direito de terceiro pode ser oposto ao expropriante, pois a desapropriação prevalecerá sobre direitos reais de garantia, não se admitindo embargos de terceiro, fundados em dívida hipotecária, anticrética ou pignoratícia (Lei nº 8.257/1991, art.17).

Embora a Lei nº 8.257/1991 não seja expressa, tem sido considerada obrigatória a atuação do Ministério Público no feito.

5.8. Formas de intervenção previstas no Estatuto da Cidade

Como foi acima mencionado, em julho de 2001, a União editou a Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentando os arts. 182 e 183 da Constituição da República e estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana. Essa Lei prevê algumas formas de intervenção dos municípios na propriedade privada, visando a assegurar uma ocupação e exploração racional do solo e construções urbanas, de modo que a propriedade urbana possa cumprir sua função social. Conforme a própria Lei afirma, ela “estabelece

normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único).

Analisaremos, sucintamente, os principais instrumentos de intervenção na propriedade privada disciplinados no Estatuto da Cidade.

5.8.1. *Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*

Em consonância com o expressamente disposto no art. 182, § 4º, inciso I, da CF/88, o Estatuto da Cidade, em seu art. 5º, *caput*, autoriza os municípios a, mediante lei municipal específica para área incluída no plano diretor, determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo essa lei municipal específica fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Observa-se, portanto, que não é válida uma previsão genérica de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios inserida no plano diretor do município. É necessário que, além da existência do plano diretor – ele próprio uma lei municipal –, seja editada, em cada caso, uma lei municipal específica prevendo a instituição da obrigação em uma área determinada constante do plano diretor; essa lei específica estabelecerá as condições e os prazos para a constituição e o cumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar o solo urbano.

O Estatuto considera subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.

Para que se constitua a obrigação de utilizar, edificar ou parcelar o imóvel, o Poder Executivo municipal tem que **notificar** o proprietário para o seu cumprimento, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

Os prazos para o cumprimento da obrigação pelo proprietário, fixados na lei municipal, não poderão ser inferiores a:

- a) um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;
- b) dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica acima referida poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sem interrupção de quaisquer prazos.

5.8.2. *Aplicação do IPTU progressivo no tempo*

O art. 7º do Estatuto prevê que, no caso de descumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, prevista em lei específica do município e constituída por notificação do Poder Executivo municipal, **será** aplicado IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (é a majoração que se dá durante cinco anos consecutivos; a cobrança do IPTU majorado pode ocorrer por prazo superior, não limitado pela Lei). O Estatuto da Cidade não estabelece essa hipótese como faculdade do município, mas sim determina que o município **procederá** à aplicação do IPTU progressivo no caso de descumprimento da obrigação aqui referida.

O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na mesma lei específica que determinou o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios em área determinada, e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de **quinze por cento**.

Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em **cinco anos**, o município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, sendo-lhe **facultado**, alternativamente à manutenção da cobrança, proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Exemplificando: imagine-se que a lei específica municipal previu que, descumprida a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, o IPTU seja cobrado, no primeiro ano de descumprimento, à alíquota de um por cento (1%). Nesse caso, a mesma lei poderá prever que, no segundo ano, a alíquota seja de dois por cento (2%), no terceiro, de quatro por cento (4%), no quarto, de oito por cento (8%), e, no quinto, de quinze por cento (15%), que é o máximo permitido. Caso permaneça descumprida a obrigação, o município pode manter a cobrança de 15%, sem prazo máximo previsto na lei, ou, quando entender conveniente, proceder à desapropriação mediante pagamento em títulos públicos.

O Estatuto proíbe a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que aqui se trata.

5.8.3. *A desapropriação no Estatuto da Cidade*

Como já mencionamos ao tratar genericamente da desapropriação, a regra é a indenização em dinheiro. Vimos, também, que, nas hipóteses expressa-

mente previstas na Constituição, e somente nelas, é possível a desapropriação mediante pagamento em títulos públicos (art. 182, § 4º, III, e art. 184, *caput*) e até mesmo a desapropriação sem qualquer indenização (art. 243).

É da hipótese prevista no art. 182, § 4º, III, que trata o Estatuto da Cidade.

Conforme o art. 8º dessa Lei, “decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública”.

Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano (art. 8º, § 1º).

Em um ponto de difícil interpretação, o Estatuto determina que “o valor real da indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU” (art. 8º, § 2º). Entendemos que não se pode perfilar a tese de que esse dispositivo tenha pretendido afirmar que a base de cálculo do IPTU **será** o valor da indenização. Se assim fosse, pensamos que ele seria inconstitucional, pois a CF/88 somente se refere à desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, “assegurados o valor real da indenização e os juros legais”. O caráter sancionatório dessa modalidade de desapropriação se esgota no fato de ser ela indenizada em títulos públicos; pensamos não existir qualquer autorização constitucional para que o valor da indenização seja inferior ao valor real do imóvel.

Ademais, a redação oblíqua adotada pelo Estatuto da Cidade – “o valor real da indenização **refletirá** o valor da base de cálculo do IPTU” – demonstra, justamente, que o legislador não chegou ao ponto de determinar que o valor da indenização fosse a base de cálculo do IPTU, pois, se assim fosse, seria muito mais lógico adotar uma redação direta. Por último, se aceitássemos que o valor da indenização fosse o valor da base de cálculo do IPTU, chegaríamos à conclusão absurda de que o próprio município teria poder de fixar o valor da indenização, uma vez que é ele quem, mediante lei sua, determina a base de cálculo do imposto!

O Estatuto determina, ainda, que do valor da indenização será descontado o montante incorporado ao valor do imóvel em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde ele se localiza, após a notificação para o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar. Por último, estabelece o Estatuto que o valor da indenização **não** computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

O município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel desapropriado no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação

ao patrimônio público (art. 8º, § 4º). O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo poder público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório (art. 8º, § 5º). Nessa hipótese de aquisição por terceiro, permanecem para o adquirente as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização que antes gravavam o imóvel (art. 8º, § 6º).

5.8.4. *Direito de preempção*

O Estatuto da Cidade estabeleceu para o poder público municipal o instituto de direito de preempção (preferência), definindo-o desta forma:

“Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.”

Não é um direito absoluto. “Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência” (art. 25, §1º).

O art. 26 do Estatuto estabelece que o direito de preempção será exercido sempre que o poder público necessitar de áreas para (a lei municipal deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais destas finalidades):

- I – regularização fundiária;
- II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;
- III – constituição de reserva fundiária;
- IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;
- V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;
- VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;
- VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o município, no prazo máximo de **trinta dias**, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo. À notificação deverá ser anexada proposta de compra assinada pelo interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade.

Transcorrido o prazo de trinta dias sem manifestação do município, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada. Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito. Nesse caso, o Estatuto estabelece que o município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.

6. ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A vigente Carta Política assegura à iniciativa privada a preferência para a exploração da atividade econômica, ao dispor que, ressalvados os casos nela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (CF, art. 173).

Entretanto, atribui ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este (o planejamento) determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (CF, art. 174). Ainda, nos termos da Carta Política, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º).

Com fundamento nesses dispositivos constitucionais, o Estado atua no domínio econômico, interferindo na iniciativa privada, visando à satisfação da coletividade. O modo de atuação do Estado variará segundo o objeto, o motivo e o interesse público a ser amparado, indo desde a repressão ao abuso econômico até mesmo ao controle do abastecimento e controle de preços privados.

A competência para a atuação no domínio econômico, de regra, pertence à União, mas há certas medidas que também podem ser adotadas pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 23, VI, VIII; art. 24, V, VI).

6.1. Modalidades de atuação no domínio econômico

São os seguintes os principais meios de atuação do Estado no domínio econômico:

- a) monopólio;
- b) repressão ao abuso do poder econômico;

- c) controle de abastecimento;
- d) tabelamento de preços;
- e) criação de empresas estatais.

6.1.1. *Monopólio*

O monopólio estatal é atribuição conferida ao Estado para o desempenho exclusivo de certa atividade do domínio econômico, tendo em vista as exigências do interesse público. Enquanto o monopólio privado, não admitido constitucionalmente, tem por fim o aumento dos lucros e o interesse privado, o monopólio estatal tem sempre por intuito a proteção do interesse público. Como a vigente Constituição privilegia a iniciativa privada e a livre concorrência na exploração de atividade econômica, o monopólio estatal só é permitido nas hipóteses constitucionalmente enumeradas, como, por exemplo, no art. 177 da Carta Política.

6.1.2. *Repressão ao abuso do poder econômico*

A vigente Constituição é expressa sobre a necessidade de reprimir o abuso econômico, prescrevendo que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CF, art.173, § 4º).

As principais formas de dominação abusiva dos mercados são os trustes, os cartéis e o *dumping*.

Truste (*trust*) é a imposição das grandes empresas sobre os concorrentes menores, visando a afastá-los do mercado ou obrigá-los a concordar com a política de preços do maior vendedor. No truste, há a dominação do mercado por uma grande empresa, que afasta seus concorrentes ou os obriga a seguir sua política de preços. É um meio de imposição do grande sobre o pequeno empresário.

Cartel é a composição voluntária dos rivais sobre certos aspectos do negócio comum, normalmente sobre o preço do produto por eles ofertado. Os “concorrentes” estabelecem uma composição de preços e outras condições com o fim de eliminar a concorrência efetiva e aumentar arbitrariamente seus lucros.

O *dumping* é uma prática abusiva, normalmente de cunho internacional, em que a empresa comercial ou industrial vende suas mercadorias em país estrangeiro por preço inferior ao dos produtos similares no mercado local, sustentando esse preço mesmo que ele esteja abaixo de seus custos, isto é,

mesmo que ela esteja operando com prejuízo. Os preços forçadamente baixos são mantidos até que a empresa consiga provocar a eliminação das empresas concorrentes, que podem se ver obrigadas a abandonar o comércio daqueles bens, encerrar suas atividades, ou mesmo ser levadas à falência.

6.1.3. *Controle de abastecimento*

Controle de abastecimento é a forma de atuação do Estado no domínio econômico visando a manter no mercado consumidor produtos e serviços suficientes para atender à demanda da coletividade.

Conforme leciona o Prof. Hely Lopes Meirelles, entende-se por controle do abastecimento “o conjunto de medidas destinadas a manter no mercado consumidor matéria-prima, produtos ou serviços em quantidade necessária às exigências de seu consumo”.

6.1.4. *Tabelamento de preços*

Os preços classificam-se em privados (que se originam das condições normais do próprio mercado) e públicos (estabelecidos unilateralmente pelo poder público, mediante a fixação de tarifa ou preço público).

A atuação do Estado no tabelamento de preços dá-se em relação aos preços privados, nas condições estabelecidas em lei, quando o preço formado no mercado, ante a lei da oferta e da procura, não atender ao interesse público.

6.1.5. *Criação de empresas estatais*

O Estado também pode atuar na ordem econômica por meio da criação, por meio de lei específica, de entidades estatais, tais como sociedades de economia mista e empresas públicas, (CF, art. 37, XIX).

A criação dessas entidades, porém, só está constitucionalmente autorizada quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei (CF, art. 173).

Modernamente, têm sido criadas as chamadas Agências Reguladoras, com a roupagem jurídica de autarquia, para a atuação em segmentos específicos da ordem econômica (exercício de atividade regulatória).

Finalmente, cabe esclarecer que os meios de atuação do Estado na ordem econômica aqui enumerados não são taxativos, haja vista que o interesse

público poderá exigir outras manifestações interventivas por parte do Poder Público, como é o caso do estabelecimento de política tributária específica para determinado setor, com o fim de estimular ou desestimular a atividade, por meio do manejo das alíquotas de tributos como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Importação (II) etc.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- HARADA, Kiyoshi. *Ato de Improbidade Administrativa*. In: Jus Navigandi, n. 41. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=361> [Capturado 22.Jan.2002]
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. In: Jus Navigandi, n. 30. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=473> [Capturado 24.Set.2001]
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- _____. *Direito Constitucional*. 21ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.
- _____. *Controle de Constitucionalidade*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

_____. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PRADO, Leandro Cadenas. *Servidores Públicos Federais*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Regulamentar*. RDP nº 65.