

APOSTILA DE

DIREITO ADMINISTRATIVO

PARTE II

Prof. José Lima Santana (UFS)

Conteúdo Programático

1. Licitação
2. Contrato Administrativo
3. Serviços Públicos
4. Servidores Públicos
5. Processo Administrativo
6. Responsabilidade Extracontratual (ou Civil) do Estado
7. Controle da Administração Pública
8. Bens Públicos

1 LICITAÇÃO

1.1 Considerações Gerais

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO ensina que a Administração Pública, para alcançar o interesse público, “precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.”. Diz que é por isso mesmo que, “como observa RAFAEL BIELSA, a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elemento essencial dos contratos” (2015, p. 239). E arremata, dizendo:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração (2015, p. 239).

Entretanto, sabe-se que, mesmo com as cautelas de estilo, no que concerne à simples realização de licitação, a Administração Pública não está imune aos trambiques, muitas vezes denunciados pelos órgãos da imprensa e por parlamentares opositoristas de qualquer esfera administrativa. Como diz ADILSON DE ABREU DALLARI:

A realização de uma licitação não é garantia última e definitiva da probidade administrativa. Para quem objetiva auferir proveitos indevidos de uma contratação administrativa, em lugar da simples dispensa de licitação, é muito mais conveniente e mais seguro articular um procedimento viciado, manipulado, dirigido.

É preciso melhorar, e muito, os mecanismos de controle, especialmente aqueles que possam ser utilizados diretamente pelos cidadãos. Conforme a oportuna observação de Carlos Motta: ‘A lei não pode evitar a corrupção. Mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância’ (2006, p. 7-8).

1.1.1 Origem e significado da palavra “licitação”

O vocábulo licitação deriva do latim *licitacione*, que é “o ato ou efeito de licitar; oferta de lance num leilão ou hasta pública”. Esse vocábulo latino passou para o português com o sentido de “oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha

judicial”, segundo a doutrina de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR (2001, p. 386).

A palavra licitação comporta várias significações; e quase todas estão ligadas à ideia de oferecer, arrematar, fazer preço sobre a coisa, disputar ou concorrer. Ou seja, no ato licitatório os licitantes *acorrem* ao chamamento público e *concorrem* entre si.

1.1.2 Utilização da terminologia

Anteriormente, a legislação brasileira usou o termo *concorrência* para designar o procedimento da Administração Pública com vistas a selecionar dentre várias propostas aquela que mais e melhor atendesse ao interesse da coletividade. A legislação pátria parece, assim, ter seguido a terminologia francesa, em que licitação é *concurrence*.

A partir da Lei nº 4.401, de 10/11/1964, a terminologia adotada passou a ser *licitação*, que abrange todas as modalidades do procedimento administrativo, cujo fim é escolher a proposta mais vantajosa aos interesses públicos.

A nova terminologia seria recepcionada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, que introduziu a Reforma Administrativa Federal. De lá para cá, o vocábulo licitação adquiriu, pois, novo sentido passando a designar o gênero de procedimento da Administração Pública, do qual a concorrência é espécie.

1.1.3 A licitação no Direito positivo

1.1.3.1 Legislação anterior (visão histórica)

CARLOS PINTO COELHO MOTTA diz que “o procedimento licitatório [...] tem merecido ao longo dos anos tratamento legislativo metódico”. Vê-se, a seguir, que os legisladores sempre cuidaram “com rigor e método, de aspectos hoje considerados essenciais” (1995, p. 22).

I - Ordenações Filipinas

Em 1592, as Ordenações Filipinas (Volume 1, Título 76, nº 17, 37) determinavam:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de

fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandaram fazer.

II – Lei de 29/08/1828

O artigo 5º dessa Lei Imperial seguia a mesma diretriz das Ordenações, ao estabelecer:

Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a empresários por via de editais públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens.

III – Lei nº 2.221, de 30/12/1909

Essa Lei, que dizia respeito ao orçamento da União, para o exercício financeiro de 1910, fazia alusão ao procedimento concorrencial, pregando a sobriedade e seriedade nos gastos do dinheiro público.

IV – Decreto Legislativo nº 4.536, de 20/01/1922

Instituiu o Código de Contabilidade da União, estabelecendo os tipos de concorrência. Dito Código seria regulamentado pelo Decreto nº 15.783, de 22.11.1922, e aprovado pela Lei nº 4.632, de 06.01.1923.

V – Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10/07/1934)

Referiu-se à obrigatoriedade de realizar concorrência “para o estabelecimento de exploração de serviços de energia elétrica”, sem, contudo, alterar o texto de 1922.

VI – Lei nº 4.320, de 17/03/1964 (art. 70)

Dispõe que “a aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitando o princípio da concorrência”.

VII – Lei nº 4.401, de 10/11/1964

Fixava normas para a licitação de serviços e obras e para a aquisição de materiais. Como vimos anteriormente, essa Lei consagrou a terminologia licitação.

VIII – Emenda Constitucional nº 15, de 1965, à Carta de 1946

Fez menção ao instituto da licitação, recebendo várias críticas da doutrina, que não considerava o instituto matéria de ordem constitucional, muito diferente do que se pensa nos dias de hoje.

IX – Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967

Os artigos 125 e seguintes redefiniram os procedimentos licitatórios a serem aplicados pela União.

X – Lei nº 5.456, de 20/06/1968

Estendeu a aplicação da parte relativa à licitação, prevista no DL nº 200/1967, aos Estados e Municípios.

XI – Decreto nº 73.140, de 09/11/1973

Regulamentou as licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia.

XII – Decreto-Lei nº 2.300, de 21/11/1986

Estabeleceu normas sobre licitações e contratos da Administração Pública Federal, mas foi largamente usado por Estados e Municípios. Foi modificado pelos Decretos-Leis nº 2.348/1987 e nº 2.360/1987. Cognominado “estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos”, teve vigência até a edição da lei atual.

1.1.3.2. Legislação atual

I – Constituição Federal

A licitação, enfim, tornou-se instituto de Direito Constitucional com a promulgação da Carta de 1988. Nela, os artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, 173, § 1º, III, e 175 dispõem sobre o instituto licitatório. Com relação ao inciso XXVII, do art. 22, após a redação que lhe foi dada pela EC nº 19/1998, LUCAS ROCHA FURTADO salienta que “deverá ser editada nova legislação sobre licitações e contratos para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas, conforme dispõe o novo texto do art. 173, § 1º, III, da própria Constituição” (2001, p. 31).

HELY LOPES MEIRELLES usa o mesmo tom, ao dizer que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que

explorem atividades econômicas ficam sujeitas a uma legislação especial, nos termos da redação dada ao art. 173, § 1º, III, pela EC nº 19/1998, o que não é exigido “para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública” (STF, ADI 1.864) (2015, p. 301). Enquanto isso não acontece, ou seja, a edição de uma legislação especial, deve-se seguir a legislação atual. Mas é mesmo necessário que se estabeleça um estatuto jurídico próprio para atender as peculiaridades das entidades administrativas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). No caso específico da PETROBRAS, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 determinou:

Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Assim, o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, conforme a definição legal acima apontada. Ora, a Lei específica contrariou os comandos da Lei licitatória, ao menos naquilo que se refere às normas gerais, que em tese, deveriam ser seguidas por todos? Nesse caso, deve-se atentar para esta precisa lição de MEIRELLES:

[...] deve-se sempre considerar que a União pode editar lei exclusiva para a área federal, afastando total ou em parte a aplicação de *normas gerais* previstas em outra lei (2015, p. 302).

Foi o que obviamente ocorreu com referência à Lei que tratou da adoção do Regulamento da PETROBRAS. Há quem a conteste.

O Ministro CARLOS AYRES BRITTO, aposentado do STF, que honrou o quadro dos docentes do Departamento de Direito da nossa UFS, da qual também é aposentado, dispondo acerca do assunto, isto é, de a licitação ter-se tornado matéria constitucional, diz, no primoroso livro “O Perfil Constitucional da Licitação”:

Em todos os três momentos do discurso constitucional-federal, licitação é vocábulo que transcende a neutralidade ou a atecnia das expressões coloquiais, exatamente porque referido como típica figura de direito; quer dizer, como palavra cujo preciso significado advém de dispositivos jurídicos, e não de simples verbete do dicionário da língua portuguesa (1997, p. 9).

É preciso lembrar que a competência privativa da União para legislar sobre licitações prende-se às *normas gerais*, como determina o mandamento constitucional (art. 22, inciso XXVII). Vale dizer: com relação às normas específicas, continua com os Estados, Municípios e Distrito Federal “a faculdade de editar *normas peculiares* para suas

licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como ocorreu na vigência do Decreto-Lei nº 200/1967, da Lei nº 5.456/1968 e do Decreto-Lei nº 2.300/1986, em tudo que não contrariar as *normas gerais*, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis” (MEIRELLES, 2015, p. 302).

Discorrendo acerca das chamadas *normas gerais*, CELSO BASTOS afirma:

A expressão ‘normas gerais’ não é nada feliz, uma vez que as leis sempre são gerais. A lei, pela sua própria essência, sempre regulamenta situações indeterminadas e sua hipótese de incidência é ampla. As normas, nessa acepção, sempre são gerais. Sem embargo, é evidente que não foi nessa acepção que a Constituição utilizou a cláusula ‘normas gerais’. O sentido útil para a sua interpretação é o de que as normas gerais são aquelas estruturais para o procedimento licitatório, é dizer, constituem as suas vigas mestras, seus pontos essenciais. Estas normas gerais são, portanto, diversas das normas de maior concreção, daquelas que visam aspectos menores do procedimento licitatório. Devem tratar, as normas gerais, dos pontos que conferem a própria essência ao procedimento licitatório (1994, p. 115-116).

ADILSON DALLARI, por sua vez, diz:

A Lei n. 8.666/93 não contém apenas normas gerais, pois desce a minúcias e detalhamentos que não podem enquadrar-se em tal conceito. Ela pode e deve ser acatada, sem restrições, pelos órgãos e entidades da Administração Federal, mas não merece acatamento integral por parte dos Estados e Municípios, que devem respeitar apenas as normas gerais aí contidas, mas devem editar suas próprias leis sobre licitações e contratos, ajustadas a suas respectivas peculiaridades (2006, p. 29).

Editar normas próprias foi o que fez, por exemplo, o Estado de Sergipe, por meio da Lei nº 5.848, de 13 de março de 2006, sobre a qual falaremos no **item 1.17**. Não se trata de um estatuto licitatório, mas de algumas normas procedimentais aplicadas às licitações, que, no Estado, são realizadas com base na lei federal. Há Estados e Municípios, dentre os maiores da federação, que adotaram estatutos próprios, respeitando-se as normas gerais da Lei nº 8.666/1993.

II – Legislação ordinária

- a) Lei nº 8.666, de 21.06.1993, alterada pelas Leis nº 8.883, de 08/06/1994, nº 9.032, de 28/04/1995, 9.649, de 27/05/1998, nº 9.854, de 27/10/1199, nº 10.973, de 02/12/2004, nº 11.079, de 30/12/2004, nº 11.107, de 06/04/2005, e nº 11.196, de 21/11/2005, e pela Medida Provisória nº 335, de 21/12/2006. Há

ainda alguns dispositivos específicos que beneficiam as microempresas e as pequenas empresas (Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, arts. 42 a 48). Mais recentemente, a Lei nº 11.445, de 05/01/2007 alterou a redação do inciso XXVII, art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Outras leis mais recentes têm alterado a Lei nº 8.666/1993, em aspectos específicos.

- b) Medida Provisória nº 2.026, de 04/05/2000, que instituiu, apenas no âmbito federal, a modalidade de licitação denominada pregão, que já tinha sido genericamente prevista pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997 (Lei Geral das Telecomunicações).
- c) Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a acima citada modalidade de licitação, isto é, o pregão.
- d) Lei nº 12.323, de 29/04/2010, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações de serviços de publicidade, prestados, necessariamente, por intermédio de agências de propaganda, nas três esferas federativas e no âmbito dos três Poderes, abrangendo, inclusive, a Administração Pública direta e indireta (**vide item 1.9**).

É importante lembrar que a Lei nº 8.987, de 13/02/1995, dispendo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, na forma do art. 175, CF, estabelece, no Capítulo V (art. 14 a 22), normas relativas à licitação de tais serviços, complementando, *in casu*, a Lei nº 8.666/1993, o mesmo ocorrendo com o Capítulo IV da Lei nº 9.074, de 07/07/1995, embora, neste caso, em menor escala. Alude-se, também, à Lei nº 11.079, de 30/12/2004, que trata de questões específicas das licitações referentes às parcerias público-privadas, no tocante às modalidades de concessão a serem utilizadas.

Por outro lado, há certas peculiaridades licitatórias referentes às concessões de telefonia, trazida pela Lei nº 9.472/1997, que criou a ANATEL. No mesmo sentido, a Lei nº 9.478/2007, que criou a ANP, sobre as concessões das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural. Esta Lei é tida como inconstitucional por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por conta da “volúpia de subtrair-se aos cuidados moralizadores próprios da Lei de Licitação”, a exemplo da lei anterior (2015, p. 541). Há quem navegue em águas contrárias às do jurista da PUC (SP), nesse sentido. **Vide item 1.1.3.2. – I.**

1.2 Conceito

Licitação é o procedimento administrativo promovido pelas entidades governamentais com vistas a selecionar a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

LUCAS ROCHA FURTADO preleciona: “Devemos, desde já, lembrar que a licitação é atividade-meio. Faz-se a licitação tendo em vista a celebração do futuro contrato” (2001, p. 27).

JOSÉ ROBERTO DROMI, jurista argentino e grande expoente do Direito Administrativo, diz sobre a licitação pública:

La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente (1999, p. 76).

Na licitação tem-se sempre a ideia de competição, de forma isonômica e impessoal, a ser travada pelos “que preenchem atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 536).

Com relação à proposta mais vantajosa de que se falou acima, é preciso salientar, como o faz, com extrema propriedade, MARÇAL JUSTEN FILHO, que a “maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos complementares”. E acrescenta o citado mestre:

Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação ao cargo do particular. A maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração (2001, p. 55).

(Chamamos atenção para o fato de que, doravante, os dispositivos de lei citados neste capítulo, que não trouxeram a identificação da norma legal, se referem à Lei nº 8.666/1993).

1.3 Princípios

1.3.1 Os explícitos no art. 3º

1.3.1.1 Legalidade

O princípio da igualdade impõe a vinculação da licitação às normas legais vigentes. Vale dizer que todas as suas fases estão disciplinadas na Lei licitatória. Tais fases constituem o que alguns doutrinadores chamam de “procedimento formal”. Mas MEIRELLES adverte que procedimento formal “não se confunde com ‘formalismo’, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias” (2015, p. 307).

Deve-se observar que o art. 4º da Lei em comento estabelece que todos os participantes de uma licitação têm *direito público subjetivo* à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

Ora, tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta prejudicado pela não observância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento. E como se isso não bastasse, “a observância do princípio da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível, portanto, de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão” (DI PIETRO, 2015, p. 419).

E ainda:

É que a Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429, de 2-6-92 (DI PIETRO, 2015, p. 419).

1.3.1.2 Impessoalidade

Todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, ou seja, com absoluta neutralidade. São vedados os apadrinhamentos, impondo que não haja favorecimentos pessoais (vide § 1º, art. 3º).

Tal princípio, como diz BANDEIRA DE MELLO, “não é senão uma forma de *designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração*” (2015, p. 546).

Para PAULO BOSELI, “o que se deseja com este princípio é que o interesse público prevaleça nas decisões adotadas pelos administradores, e não o interesse do administrador” (2002, p. 21).

1.3.1.3 Moralidade

Embora sustentado nos artigos 5º, LXXIII, e 37, *caput*, da CF, o princípio da moralidade ainda constitui, para alguns doutrinadores, um conceito vago. Entretanto, por esse princípio a licitação deve ser pautada, não somente pelo comportamento lícito, mas também em consonância com a moral, com as regras da boa administração e com os princípios de justiça e equidade.

Enfim, trata-se da honestidade no modo de proceder. Ou seja, tanto o licitador quanto o licitante devem observar uma conduta honesta e honrada. Citando MARÇAL JUSTEN FILHO, ensina CARVALHO FILHO que:

O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada (2015, p. 248-249).

1.3.1.4 Igualdade entre os licitantes

DALLARI afirma, com grande acerto, que “na república não existem classes, não existem castas. Na própria ideia de república já está contida a ideia de igualdade” (2006, p. 53).

Como diz DI PIETRO, “o princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação” (2015, p. 413), porquanto deve atender, além da escolha da melhor proposta por parte da Administração, a igualdade de direitos conferida a todos os certamistas. Afinal, sustenta BANDEIRA DE MELLO, que “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (1999, p. 10).

É preciso atentar para a lição de MEIRELLES, quando afirma:

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Todavia, não configura atentado ao *princípio da igualdade entre os licitantes* o estabelecimento de *requisitos mínimos de participação* no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (2015, p. 309).

Todavia, o próprio MEIRELLES adverte que no que diz respeito à igualdade, “as cooperativas e as microempresas e empresas de pequeno porte têm causado polêmica” (2015, p. 309). Melhor seria dizer: causavam polêmica.

No respeitante às cooperativas, diz MEIRELLES:

Sobre a participação das cooperativas em licitações a polêmica ficou superada com a Lei 11.488, de 15.6.2007, pois, de acordo com seu art. 34, “aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V e X, na Seção IV do Capítulo XI e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”. O cap. V do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte ordena, justamente, o tratamento diferenciado para acesso das microempresas, empresas de pequeno porte e, por força da Lei 11.488/2007, das cooperativas que atendem aos critérios de receita bruta definidoras daquelas ao mercado de aquisições públicas (2015, p. 309).

Vide item 1.3.2.1.

E sobre as microempresas, ele afirma:

As microempresas e empresas de pequeno porte têm seu Estatuto na LC 123/2006 (com as alterações da LC 147/2014), que as conceitua e lhes outorga tratamento diferenciado e favorecido no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social na área municipal e regional; a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, com a especial preocupação de facilitar sua inclusão e participação isonômica nos processos licitatórios, e no que diz respeito às compras públicas. Essa LC prevê que enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal (art. 1º, caput, inc. III, 3º, 3º A e 3º B c/c art. 47 e seu parágrafo único). Essa LC atende ao disposto nos arts. 170, IX, e 179, da CF (2015, p. 310).

De acordo com o art. 49, I, da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte deveria constar do instrumento convocatório da licitação. Tal dispositivo foi revogado pela LC 147/2014, ao passo que os demais incisos do citado art. 49 fixam as hipóteses de afastamento desse tratamento diferenciado. **Vide item 1.11.**

Ademais, dispositivo da Constituição do Rio Grande do Norte, que previa benefícios para licitantes locais, foi invalidado pelo STF (ADI 3.070-RN, Rel. Min. EROS GRAU, em 29.11.2007). A esse propósito, escreve CARVALHO FILHO:

Corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças em razão da neutralidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, § 1º, I e II, do Estatuto). Da mesma forma, é inconstitucional considerar como fatores de averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação; tais fatores, obviamente, desfavorecem eventuais competidores locais e prejudicam sensivelmente os instalados em localidades diversas (2015, p. 249).

1.3.1.5 Publicidade

Além de ser outro princípio geral de ordem constitucional e do próprio Direito Administrativo, diz respeito à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados e também aos atos praticados pela Administração nas diversas fases do procedimento, assegurando-se a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Assim sendo,

- os atos licitatórios são públicos e acessíveis a todos (art. 3º, § 3º), podendo ser acompanhados por qualquer cidadão (art. 4º, *in fine*);
- os quantitativos das obras e seus preços unitários devem estar acessíveis ao cidadão (art. 7º, § 8º);
- os preços pesquisados e registrados devem ser publicados trimestralmente (art. 15, § 2º); os cidadãos podem impugnar os preços constantes do quadro geral (§ 6º);
- as compras realizadas devem ser publicadas mensalmente (art. 16, com a ressalva do parágrafo único);
- a publicação do edital é condição de eficácia da licitação (art. 21);
- as modificações feitas no edital devem ser publicadas (art. 21, § 4º);
- a Administração pode utilizar-se de procedimento licitatório que exija maior publicidade, mesmo que o valor corresponda a modalidade de menor rigor quanto à divulgação do certame (art. 23, § 4º).
- o registro cadastral deve ser amplamente divulgado (art. 34, § 1º);
- deve ser realizada audiência pública, no caso do art. 39;

- deve haver disponibilidade de informações através de meios de informação à distância (art. 40, VIII);
- a abertura dos envelopes contendo a documentação de habilitação e as propostas deve realizar-se em ato público (art. 43, § 1º);
- deve haver divulgação ampla no caso de leilão (art. 53, § 4º);
- a publicação é condição de eficácia do próprio contrato administrativo que vier a ser celebrado (art. 61, parágrafo único).

1.3.1.6 Proibição administrativa

Confunde-se com o princípio da moralidade. Foi trazido do art. 3º do Decreto-Lei nº 2.300/1986, sem necessidade alguma. Daí a confusão, afirmam alguns autores.

Enquanto, para alguns, a moralidade ainda é um pouco vaga, como, aliás, já se afirmou a proibição administrativa já está definida no nosso Direito Positivo, considerando que a própria Constituição Federal estabelece sanções para punir aqueles que nela incidirem (art. 37, § 4º). Há de considerar-se, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que, no art. 10, caracteriza, dentre outros, como atos de improbidade: “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado” [...], “frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” [...], “ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”.

Além disso, as penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa estão capituladas no art. 12 da mencionada Lei nº 8.429/1992. Não devem também ser olvidados os artigos 89 a 99 da lei licitatória, que, embora não expressando o vocábulo improbidade, punem esse tipo de infração, sob o manto de diversos crimes ali tipificados.

Como sustenta MEIRELLES,

[...] a proibição administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A proibição na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (2015, p. 313).

Enfim, CARVALHO FILHO afiança, citando RAUL ARMANDO MENDES, que:

A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, “*o exercício honrado, honesto, probo, da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes*” (2015, p. 250).

É preciso entender que, às vezes, não custa reforçar certos conceitos. É o que ocorre com o princípio da probidade administrativa, que reafirma o princípio da moralidade.

1.3.1.7 Vinculação ao instrumento convocatório

A não observação desse princípio enseja nulidade do procedimento. O seu sentido está explicitado no art. 41 (**vide, também, art. 43, V**).

O princípio impede que, uma vez estabelecidas as regras e iniciado o procedimento licitatório, sejam criados critérios diferentes daqueles estabelecidos no ato convocatório (edital ou convite). Se for preciso fazer alterações, aditar-se-á o edital ou publicar-se-á outro edital (art. 21, § 4º).

O princípio dirige-se tanto à Administração, como se vê pelos dispositivos citados, quanto aos licitantes (art. 43, II e 48, I).

A propósito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, MEIRELLES afirma, de forma clara e objetiva:

[...] a *vinculação ao edital* é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. *O edital é a lei interna da licitação*, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41) (2015, p. 312).

Esta lição é repetida no livro específico do autor referido sobre licitações e contratos, anotado nas referências bibliográficas desta apostila.

Todavia, esse princípio seria absoluto? Cabe interpretá-lo, por exemplo, à luz do princípio da razoabilidade? MEIRELLES responde, invocando decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Isso não significa que o princípio de vinculação ao edital seja “absoluto” a ponto de obstar à Administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis

proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-se o cuidado para não haver quebra de princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita. O importante é que o formalismo no procedimento não desclassifique propostas “eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes” (STJ, 1ª Seç., MS 5.418) (2015, p. 312).

1.3.1.8 Julgamento objetivo

Decorre, obviamente, do princípio da legalidade e é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Tem como base o critério indicado no edital e nos específicos termos das propostas. O julgamento deve embasar-se em fatos concretos (artigos 40, VII; 44 e 45), evitando, assim, o discricionarismo na escolha das propostas.

Mas, e se o edital não fixar critérios objetivos? E, ainda, se, mesmo assim, a licitação realizar-se? Entendem alguns doutrinadores que, na falta de critérios definidos, deve-se presumir que a licitação é do tipo menor preço (art. 45, § 1º, I). Ainda na vigência dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/1967, aplicados à licitação, o antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje STJ, já se pronunciara nesses termos.

1.3.2 Princípios correlatos

Além dos princípios básicos elencados no art. 3º, o mesmo dispositivo refere-se aos princípios correlatos, que decorrem daqueles e com eles têm correlação por conta da matéria tratada. Encontram-se eles dispersos na normatização das licitações. Os doutrinadores não tratam desses princípios com coesão de nomenclatura. A depender dos administrativistas, eles podem variar.

1.3.2.1 Competitividade

Correlaciona-se com o princípio da igualdade, significando que “a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 252). É preciso, pois, assegurar a disputa e o confronto entre os licitantes, a fim de que seja feita a melhor seleção possível. Ora, sem a devida competição, alguns licitantes poderiam ser beneficiados em detrimento de outros. E com isso, a Administração Pública acabaria sendo a grande prejudicada. O fundamento desse princípio encontra-se no art. 3º, § 1º, I.

No item 1.3.1.4, foi falado sobre as cooperativas que se apresentam como certamistas. A esse respeito e no bojo de suas lições pertinentes ao princípio em foco, CARVALHO FILHO preleciona:

Dentro desse princípio, e também no da isonomia, se situa a questão das *cooperativas*, que tem ensejado fundas controvérsias. As cooperativas, em seu modelo clássico, são regidas pela Lei nº 5.764, de 16.12.1971, e visam a obter resultados econômicos através dos esforços dos próprios cooperativados, assumindo, desse modo, caráter tipicamente associativo. A despeito de não estarem preordenadas à economia de mercado perante terceiros, algumas delas atuavam como verdadeiras pessoas empresariais, com distorção de seus objetivos.

A consequência de tal situação foi a de que, ao participarem de licitações, era-lhes exigida igualdade de condições em relação aos demais participantes. Sendo destinatárias de vantagens, inclusive de privilégios tributários, deveria a Administração proceder à necessária adequação para preservar a observância do princípio da competitividade e da isonomia. Por outro lado, formaram-se cooperativas de trabalho inteiramente desfiguradas do modelo legal, cuja atuação usualmente burlava a legislação trabalhista, fato que lhes causou a inabilitação no procedimento. Avulta, ainda, o reconhecimento da legitimidade de editais que vedaram a participação dessas entidades em licitações destinadas à contratação de serviços gerais (2015, p. 252).

Vê-se, então, que havia a necessidade de resolução do problema envolvendo as cooperativas, a fim de que elas pudessem tomar parte de licitações. Ainda CARVALHO FILHO:

Toda essa zona de incertezas e anomalias acabou por provocar a edição da Lei nº 12.690, de 19.7.2012, que dispõe sobre as Cooperativas de Trabalho, criando um novo modelo, diverso do tradicionalmente regulado pela Lei nº 5.764/1971 e com perfil mais próximo das sociedades empresárias (2015, p. 253).

1.3.2.2 Sigilo na apresentação das propostas

Assegura também igualdade de tratamento para os licitantes (arts. 3º, § 3º, e 43, § 1º). O sigilo das propostas deve ser mantido até a data fixada para a abertura dos envelopes que as contêm. Quebrar o sigilo da proposta enseja nulidade e constitui ilícito penal (art. 94).

1.3.2.3 Adjudicação compulsória

Impede que a Administração, uma vez concluído o procedimento, atribua seu objeto a outro que não seja o legítimo vencedor (art. 50).

Contudo, aponta-se um equívoco quanto à expressão “adjudicação compulsória”, pois pode ocorrer um caso de revogação motivada, que poderá ocorrer em qualquer fase da licitação (art. 49). Como preleciona DI PIETRO, “não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento” (2015, p. 423). Mas a revogação só poderá ocorrer na forma prevista em lei, como será estudado no **item 1.15 – II**.

Assim sendo, a obrigação de adjudicar deve ser entendida no sentido de não fazer com relação a outro licitante que não seja o vencedor, com as ressalvas do art. 64, § 2º.

MEIRELLES é objetivo ao afirmar que com “a homologação e a adjudicação encerra-se o procedimento licitatório, passando-se ao contrato” (2015, p. 314). É verdade.

1.3.2.4 Princípio da licitação sustentável

Este moderníssimo princípio, também cognominado princípio da sustentabilidade da licitação, está vinculado “à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente” (DI PIETRO, 2015, p. 424).

Analisando o problema de forma ampla, pode-se dizer que o “primeiro passo nesse sentido talvez tenha sido dado pela Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente”, como salienta DI PIETRO, pois dentre outras prescrições, buscou a Lei a “formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (2015, p. 424).

Por sua vez, a EC nº 42/2003 alterou o art. 170, VI, para elencar como princípio da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos seus processos de elaboração e prestação”. Entende-se que este é o “fundamento constitucional para as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes, em que se combinam os objetivos tradicionais da licitação (de buscar a melhor proposta para a Administração e garantir a isonomia aos licitantes) com o de desenvolvimento sustentável, que procura preservar o meio ambiente, em harmonia com fatores sociais e econômicos” (DI PIETRO, 2015, p. 424).

A partir do citado dispositivo constitucional, foram se sucedendo as normas garantidoras do princípio da sustentabilidade das licitações. É de ver o art. 6º, inciso XII, da Lei nº 12.187, de 29.12.2009, que prescreve, dentre outros cuidados, “o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem

maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos”.

No mesmo sentido, a Lei nº 12.305, de 02.08.2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e que no art. 7º, inciso XI, estabelece a “prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: (a) produtos reciclados e recicláveis; (b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”.

No âmbito da Administração federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa nº 01, de 19.01.10, dispondo “sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”. Anote-se que o art. 2º dessa Instrução prescreve que “as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços ou obras” deverão “conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”.

Pelo artigo 4º, as obras públicas e os serviços de engenharia, os projetos básico e executivo “devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

Ainda segundo DI PIETRO:

E o art. 5º permite a exigência de que as aquisições sejam, no todo ou em parte compostas por material reciclado, atóxico, biodegradável e que observem os requisitos ambientais necessários para serem certificados pelo INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares, devendo ser concedida aos licitantes a oportunidade de comprovar o atendimento aos requisitos, também de modo a não prejudicar a ampla competitividade (2015, p. 426).

A Lei nº 12.462, de 04/08/2011, que institui o Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC) para a construção de estádios e aeroportos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, além da Copa das Confederações de 2013, claro, insere entre os princípios da licitação o do desenvolvimento sustentável. Atente-se para as disposições do seu art. 4º. **Sobre o RDC vide item 1.15.**

Por seu turno, a Lei nº 8.666/93, em sua redação de origem, já previa o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços (art. 12, VII), sofreu alteração no seu art. 3º por meio da Lei nº 12.349, de 21.12.2010, para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746, de 05.06.2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). Sobre esse Decreto, diz DI PIETRO:

É curioso que esse decreto tenha estabelecido normas apenas para a administração pública federal. O dispositivo regulamentado (art. 3º da Lei nº 8.666/93) tem natureza de **norma geral**, sendo por essa razão, aplicável em âmbito nacional. Em consequência, o decreto regulamentar tem o mesmo alcance. Apenas no que diz respeito à instituição do CISAP e à definição de sua composição e competências, pode-se dizer que o decreto produz efeito somente na esfera federal (2015, p. 426-427).

Chamamos a atenção especialmente para os arts. 2º, 4º, 5º e 6º do Decreto acima citado.

1.3.2.5 Outros princípios correlatos

Como foi dito no **item 1.3.2**, os autores divergem na nomenclatura e na quantidade de princípios correlatos da licitação. Por exemplo, são relacionados por CARVALHO FILHO ainda os seguintes princípios: indistinção (art. 3º, § 1º, I), inalterabilidade do edital (art. 41); formalismo procedimental, vedação à oferta de vantagens (art. 44, § 2º), obrigatoriedade (art. 37, XXI, CF, e art. 2º do Estatuto) (2015, p. 253-254).

1.4 Objeto da licitação

A licitação tem por objeto as obras, os serviços, as compras, as alienações, as concessões, as permissões e as locações que vierem a ser contratadas, na forma do art. 2º.

O objeto da licitação deve ser definido no instrumento convocatório, no sentido de que os licitantes possam atender os anseios do Poder Público. Nula é a licitação sem caracterização do seu objeto, como ensina MEIRELLES, uma vez que cria dificuldades para a apresentação das propostas por parte dos interessados, além de, obviamente, comprometer “a lisura do julgamento e a execução do contrato subsequente” (2015, p. 314).

Nesse sentido, assiste razão ao legislador quando gravou as exigências do art. 7º, § 2º. Tem-se presente que a definição do objeto da licitação é condição de sua legitimidade. O objeto da licitação há de confundir-se com o objeto do contrato.

No caso da Administração Pública federal, foi editado o Decreto 7.983/2013, que deverá ser seguido pelos demais entes federados, caso estes recebam transferências de recursos federais, e sobre o qual diz MEIRELLES:

Para fins do disposto nos arts. 7º, § 2º, 40, *caput*, inciso X (edital), e art. 43, *caput*, inciso IV (julgamento), da Lei 8.666/93, e no art. 13 (controle) do Dec.-Lei 200/67, o Dec. 7.983/2013 estabelece regras e critérios a serem seguidos para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União. Sua finalidade é padronizar a metodologia para elaboração do orçamento de referência e estabelecer parâmetros para o controle da aplicação desses recursos (art. 1º e parágrafo único) (2015, p.314).

1.5 Padronização

A padronização é regra, como observamos pela inteligência do art. 15, I, quando se trata de compras, no mesmo rastro do artigo 11, quando cuida de obras e serviços destinados aos mesmos fins, que devem ser padronizados, com a exceção ali prevista. Tomemos de empréstimo esta lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

A decisão pela padronização e a escolha de um certo produto (projeto ou tecnologia etc.) deverão ser devidamente fundamentadas, tendo por critério fundamental a vantagem para a Administração. Trata-se de vantagem em sentido concreto e definido. Deverá avaliar-se o benefício econômico direto e as vantagens indiretas provenientes da padronização.

Essa decisão deverá indicar o prazo pelo qual se impõe a padronização. Isso não significa impossibilidade de revisão da decisão, a qualquer tempo. Será hipótese de revogação, sempre que evento posterior evidenciar a alteração das circunstâncias que conduziram a uma determinada padronização.

[...]

Também não significa que a Administração não possa manter a padronização para o futuro, renovando o “prazo de validade” de sua decisão anterior (2014, p. 249).

1.5.1 Padronização e preferência por marca

Se a padronização for feita implicará em preferência por marca? Há conflito entre padronização e preferência por marca? Outra vez, a lição de JUSTEN FILHO:

Não é desnecessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável através de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu (2014, p. 250).

É necessário ater-se a possíveis pontos negativos advindos da padronização, tais como: a) a inadequação, “em que a solução padronizada não é satisfatória”; b) a restrição indevida à competitividade; c) a elevação dos custos pela ausência de competitividade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 251).

Atente-se para o § 5º do art. 3º, acrescido pela Lei nº 13.146/2015, que estabelece que nos processos de licitação **poderá** ser estabelecida margem de preferência para:

I – produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II – bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

1.6 Sistema de registro de preços

O art. 15, II, estabelece que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através do sistema de registro de preços – SRP, ou, simplesmente, registro de preços. O SRP está regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 8.250/2014, e na conformidade do disposto no § 3º do art. 15 da lei licitatória. É de notar as definições contidas no art. 2º do Decreto 7.892/2013.

O inciso I, do parágrafo 3º, do art. 15, diz que a seleção do SRP deve ser feita mediante *concorrência*. Também alude ao SRP o art. 11 da Lei nº 10.520/2002, ou seja, pode igualmente o registro de preços ser levado a efeito por meio do *pregão*. Assim, o edital da licitação do sistema de registro de preços poderá, pois, adotar a modalidade de concorrência ou de *pregão*.

1.6.1 Conceito

Como apregoa GASPARINI, “sistema de registro de preço de bens e serviços é o arquivo dos respectivos preços, selecionados mediante concorrência ou pregão, utilizáveis pela Administração Pública em suas futuras contratações” (2009, p. 502). Há de se ver que o art. 2º, inciso I, do Decreto nº 7.892/2013 definiu que o registro de preços é o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.

MEIRELLES sentencia, com presteza, que o SRP “não é modalidade de licitação – é um sistema” (2015, p. 393). **Vide comentários no item a seguir.**

1.6.2 Para melhor entendimento

Começemos, para melhor entender o que vem a ser o SRP, com o que diz SIDNEY BITTENCOURT:

Preliminarmente, é de se entender de vez que o Sistema de Registro de Preços (conhecido pela sigla SRP [...]) não se perfila no rol de modalidades de licitação, nem tampouco circunscreve um tipo licitatório.

O SRP deve ser encarado simplesmente como uma ferramenta de auxílio que se consubstancia num procedimento especial a ser adotado nas compras do Poder Público, quando os objetos forem materiais, produtos ou gêneros de consumo frequente, e, ainda, em situações especialíssimas, nas contratações de serviços (2003, p. 21).

Temos, então, que “diferentemente do procedimento adotado nas licitações comuns, no lugar de ocorrerem formulações de propostas específicas por parte dos licitantes, visando a um objeto unitário e perfeitamente definido, ocorrem proposições de preços unitários, que deverão vigorar por determinado lapso de tempo, período em que a Administração, baseada em conveniência e oportunidade, poderá realizar as aquisições necessárias, sempre com a preocupação de verificar a compatibilização dos preços registrados com os praticados no mercado no momento do interesse” (BITTENCOURT, 2003, p. 21-22).

Devemos observar que a adoção do SRP está intimamente ligada a aquisições constantes do mesmo objeto (bens ou serviços) em curtos espaços de tempo. Os interessados em fornecer tais bens ou serviços concordam em manter os preços registrados no órgão ou entidade competente, corrigidos ou não, por um determinado lapso temporal e a fornecer os quantitativos solicitados pela Administração no prazo previamente estipulado. Esse prazo diz respeito à validade da ata de registro de preços, conforme definido no edital, como, por exemplo, um (1)

ano, a contar da sua assinatura, que é prazo máximo legal. Vide §§ 1º e 2º, do art. 15, da lei licitatória.

1.6.3 Matéria operacional

É oportuno lembrar que a “organização de um *sistema de registro de preços* é matéria operacional, que pelo art. 15 incumbe aos órgãos da Administração no âmbito de suas respectivas competências”. E pela inteligência do *caput* do art. 15, há quem entende que a implementação de tal sistema não é uma imposição legal, “tanto que recomenda, ‘sempre que possível’, o processamento das compras através do sistema”. Mas, a falta deste “condicionará a aplicabilidade da hipótese de dispensa de licitação definida no art. 24, VII; a Administração que não o organizar não disporá do paradigma necessário para a dispensa, inviabilizando-se a adjudicação direta, nesse caso”, como diz JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (2002, p. 180). Logo, depreende-se que cabe a cada ente federativo editar a própria legislação acerca do SRP.

Depreendemos que a obrigatoriedade existe, sim, mas somente quando for viável (sempre que possível). Em outras palavras, quando for viável, deve-se adotar o SRP. Quando não for, não se adota. Como, então, distinguir o “quando for viável”? Fica atrelado ao subjetivismo? Não, nesse caso, é preciso que a Administração faça bom uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros que cingem a Administração Pública.

1.6.4 Utilização da ata de registro de preços

A ata de registro de preços, como estabelece o Capítulo IX do Decreto Federal nº 7.892/2013, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado da licitação, desde que consulte o órgão gerenciador e uma vez comprovada a vantagem dessa participação.

No entanto, é preciso atentar para certos cuidados, como diz MEIRELLES:

Note-se que não basta apenas demonstrar; deve-se comprovar. Há que haver fato que comprove a vantagem. A exigência de prévia consulta ao órgão gerenciador, além de revelar uma preocupação e cautela do decreto com essa possibilidade – que na prática é conhecida como “carona” –, dá a esse órgão clara responsabilidade legal e administrativa à sua resposta. Na “carona”, o beneficiário do Registro pode optar pela aceitação ou não do fornecimento a outro órgão ou entidade, independentemente dos quantitativos registrados, desde que este fornecimento adicional não prejudique as obrigações anteriormente

assumidas e não exceda, por órgão ou entidade, a 100% dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na Ata de Registro de Preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes (2015, p. 403).

1.7 Obrigatoriedade de licitação

Como é notória, a licitação passou a ser exigência constitucional para a Administração direta e indireta, com as ressalvas legais (art. 37, XXI, CF). Admite-se, todavia, que as sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e outras entidades controladas de forma direta ou indireta pelo Poder Público venham a ter regulamentos licitatórios próprios, embora todas elas estejam sujeitas às normas gerais da Lei nº 8.666/1993, consoante dispõe o art. 119.

Mas é preciso atentar para o fato de que a obrigatoriedade de licitação “tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da *modalidade prevista em lei para a espécie*, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da moralidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta” (MEIRELLES, 2015, p. 317).

Em suma, somente a lei pode determinar que a Administração não faça licitação, seja dispensando-a, quando exigível, seja permitindo a substituição de determinada modalidade por outra, como é o caso do art. 23, §§ 3º e 4º.

Devemos salientar que o art. 7º, § 2º, III, da lei licitatória condiciona a instauração da licitação à previsão de recursos na lei orçamentária do exercício; e o inciso IV cuida dos casos de contratações cuja execução ultrapasse os limites do exercício orçamentário. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) prevê outros mecanismos de controle, limites e condicionantes para a realização de despesas (arts. 37, IV, 12, 15, 16 e 17). Os dispositivos legais das duas leis citadas atendem ao que prescreve a Constituição Federal (art. 167).

1.8 Dispensa de licitação

1.8.1 Considerações gerais

Como sabemos, a Constituição de 1988 conferiu o *status* de regra à licitação prévia para fins de contratação pela Administração Pública. Entrementes, no art. 37, inciso XXI, a *Magna Lex*, “ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva ‘os casos especificados na

legislação’, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória”, como afiança DI PIETRO (2015, p. 429).

Assim, a lei, atendendo ao que dispõe o preceito constitucional citado, prevê os casos em que a Administração pode ou deve deixar de fazer licitação. Configura-se, pois, a chamada *contratação de forma direta*, em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível.

Falando sobre o assunto, diz ODETE MEDAUAR que a Administração “vai celebrar contratos diretos, isto é, contratos não precedidos de processo licitatório. Quer dizer: entre a necessidade de contratar e o contrato inexistente o processo licitatório, daí o vocábulo *direto* ou os termos *contratação direta*. Tais casos se apresentam, portanto, como exceções à obrigatoriedade geral de realizar licitação” (1998, p. 34).

Analisando a contratação *direta*, DI PIETRO diz:

Tratando-se de decisão discricionária, a autoridade contratante poderá, dentre as várias pessoas disponíveis, escolher aquela que lhe pareça mais adequada, segundo critérios de oportunidade e conveniência, obedecidos apenas os requisitos legais, cuja presença deve ser objeto de motivação, consoante o exige o art. 26 da Lei nº 8.666.

O próprio fato de a Constituição e a lei de licitações preverem hipóteses de contratação direta já significa que o legislador considerou que, presentes determinadas circunstâncias, não se justifica o procedimento da licitação, por ser a contratação direta mais adequada para a consecução do interesse público. Dispensado o procedimento, não há como exigir da autoridade a observância de determinadas formalidades ou mesmo princípios que são inerentes à licitação. Se a contratação é direta, como exigir igualdade de tratamento entre todos os possíveis interessados, assegurando a todos o direito de participar?

A resposta é óbvia: se não existe licitação, a autoridade administrativa tem maior liberdade de escolha, ou seja, ela exerce uma competência discricionária.

[...]

No caso da contratação direta, a lei deu certa margem de discricionariedade administrativa; especialmente nos casos de dispensa, a discricionariedade existe no sentido de que a contratação direta é facultativa, cabendo à Administração escolher entre dispensar ou realizar a licitação, segundo juízo de mérito destinado a melhor garantir a consecução do interesse público. E existe também discricionariedade quanto à escolha do contratado, uma vez que a lei não impõe qualquer exigência expressa nesse sentido (2005, p. 104-105).

Por sua vez, JUSTEN FILHO afiança, comentando acerca da contratação direta:

Seria possível a Administração escolher um determinado sujeito, sem admitir qualquer espécie de disputa entre os particulares? A resposta é positiva. Aliás, tal se verifica em grande parte das hipóteses de contratação direta (2001, p. 208).

JOEL DE MENEZES NIEBUHR comentando o regime jurídico da contratação direta explana de maneira vivaz:

Contratos firmados sem licitação devem guardar conformidade aos princípios norteadores da atividade administrativa, entre os quais se destacam os da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição federal, e outros, de largo conteúdo normativo, como os da razoabilidade e proporcionalidade. Tudo porque a ausência de licitação pública não derroga os princípios jurídicos administrativos, que incidem em todos os quadrantes de atuação da Administração Pública, vinculando a ela pautas de quilate superior, cujo teor lhe desnudam a essência (2003, p. 73).

Mesmo nos casos de contratação direta, por dispensa de licitação ou por inexigibilidade de licitação, o interesse público deve ser preservado, como enfatiza o autor:

O fato é que a contratação direta não reúne forças suficientes para desproteger o interesse público, que continua indisponível. Quem o gerencia, o faz em proveito da coletividade, jamais em proveito próprio, para contemplar suas aspirações pessoais. A ação administrativa, inclusive a contratação direta, mira à satisfação do interesse público, vedando-se, por dedução, o desvio de poder, que é uma das grandes armas para o controle de contratações diretas ilegítimas.

Em homenagem aos princípios administrativos e, sobretudo, ao interesse público, a contratação direta deve seguir determinado procedimento, mais tênue, é verdade, do que o da licitação pública. Aliás, realmente esse procedimento não pode medir forças com o da licitação pública: aquele deve ser sumário, mais simples do que este, sem prazos, a ser concluído com a máxima brevidade (2003, p. 73).

A dispensa é produto da vontade do legislador, enquanto a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, como se verá adiante.

1.8.2 Licitação dispensada e dispensável

1.8.2.1 Dispensada

O art. 17, incisos I e II, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 11.196/2005, nº 11.481/2007 e nº 11.952/2009, que acrescentaram as alíneas “g”, “h” e “i”, contém as situações em que a licitação foi dispensada pelo legislador.

Porém, há de se anotar que a *doação com encargos* será licitada, conforme disposição do § 4º, do citado artigo.

Atente-se, ainda, para o disposto no art. 2º, § 1º, III, da Lei de Consórcios Públicos – Lei nº 11.107, de 06.04.2005, que diz que o consórcio público poderá “ser contratado pela administração direta ou

indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação”. Diga-se o mesmo da Lei nº 12.304/2010, que autoriza a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S/A – Pré Sal Petróleo S/A (PPSA), que no art. 5º dispõe que “é dispensada a licitação para a contratação da PPSA pela Administração Pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto”.

1.8.2.2 Dispensável

O art. 24 traz autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. São trinta e uma situações ali previstas, com as inclusões posteriores. Na verdade, trata-se de uma possibilidade e não um dever de dispensar.

Para BANDEIRA DE MELLO, há flagrante proibição de licitar no caso do inciso IX do artigo 24. A legislação anterior – DL nº 2.300/1986 – referia-se textualmente a *licitação proibida*, o que não se repetiu no estatuto atual. Diz ele que “a sistematização legal deixou de referir a licitação proibida simplesmente porque é imperfeita...” (2015, p. 571).

1.8.2.3 Distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável

Pode-se mesmo falar em distinção entre a licitação dispensada, de que fala o art. 17, e a licitação dispensável prevista no art. 24?

Há quem entenda que a autorização de que fala o art. 17 é vinculante para a Administração, ou seja, a lei não teria facultado ao administrador dispensar ou não. Teria, sim, imposto a dispensa. Mas há quem entenda o contrário, isto é, caberia ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Assim, não se configuraria a vedação de licitar, como acontecia no estatuto anterior (DL nº 2.300/1986).

O importante mesmo, deixando de lado as divergências doutrinárias, é que, em ambos os casos, é patente a contratação pela via direta, ou seja, sem licitação.

1.8.3 Inexigibilidade

Não é possível realizar licitação quando resta manifesta inviabilidade de competição, na forma do que dispõe o art. 25, “quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 324).

Alguns doutrinadores entendem que nos casos de previsão de inexigibilidade é vedado realizar licitação. Outros assim não entendem.

Ora, bem lembra DIOGENES GASPARINI que inexigível “é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas”. Logo, inexigibilidade, “a seu turno, é a qualidade do que não pode ser exigido” (2009, p. 551). O que não se pode é exigir que, cumpridas as circunstâncias elencadas no art. 25, seja feita licitação. Mas a Administração, por dadas conveniências suas, poderá fazê-lo.

CARVALHO FILHO bem diferencia dispensa de inexigibilidade de licitação, ao dizer que “na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição” (2015, p. 276).

No caso do inciso I, do art. 25, que se refere a fornecedor exclusivo, dentre outras questões, deve-se levar em conta o tipo de exclusividade, que pode ser *absoluta* ou *relativa*. Nesse sentido, convergem, dentre outros, GASPARINI (2009, p. 554) e CARVALHO FILHO. Este explana:

Aquela [a absoluta] ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa, quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação (2015, p. 277).

Outra situação a ser observada é a que diz respeito à praça. A doutrina parece se inclinar para uma convergência, como o fazem, mais uma vez, CARVALHO FILHO (2015, p. 277) e GASPARINI, que diz:

É a praça comercial determinável pela grandeza do valor do contrato que se pretende celebrar. Assim, se o montante do ajuste determinar o convite, a exclusividade do produtor, empresa ou representante comercial é na praça em que se realiza a licitação. Se o valor do contrato pretendido indicar a tomada de preços, a exclusividade é no registro cadastral. Se o vulto do contrato indicar a concorrência, a exclusividade é no país. Considera-se, em suma, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, no caso de convite, o que é único na localidade; no caso de tomada de preços, o que é único no registro cadastral; no caso de concorrência, o que é único no país (2009, p. 554).

1.8.4 Sanções e justificativa da dispensa e da inexigibilidade

Há que se atentar para as sanções anunciadas no § 2º, do art. 25, bem como para a necessidade de justificativa, relativas aos casos de dispensa e inexigibilidade (art. 26).

NIEBUHR alerta:

Para delinear a dispensa nos casos autorizados em vista da emergência da contratação, é necessário expedir ato de caracterização da situação emergencial ou calamitosa (inciso I do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/93). Com o mesmo timbre, no que tange à dispensa relativa a material de pesquisa, é imperativo juntar ao processo documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (inciso IV do mesmo parágrafo único). Em todo caso, a Administração Pública deve motivar o ato de dispensa ou de inexigibilidade, apontando as justificativas que o levaram a tanto, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração (*caput* do artigo 26, princípio da motivação e da indisponibilidade do interesse público).

[...]

Em seguida, a Administração Pública deve realizar pesquisa de mercado para escolher com quem contratar e em quais condições. Nessa fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública. Repita-se, nos casos de dispensa e de inexigibilidade são aceitos agravos à isonomia, que cederá em face da impossibilidade de realizar a licitação pública ou da proteção de outros valores relacionados ao interesse público. Contudo no mesmo passo, não se quer afirmar que a isonomia é derogada por completo, porque Administração Pública não pode fazer valer a discriminações desproporcionais e desnecessárias. Portanto, para escolher o contratante, a Administração pública não é obrigada a tratar todos os possíveis interessados com igualdade, no entanto, na maior possível deve fazê-lo, prestigiando princípio de tão alto calão (2003, p. 74).

É de lembrar que a regularidade da contratação direta deve ser amplamente examinada, vez que o art. 89 do estatuto licitatório imputa a pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa, a quem “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, bem como no que respeita ao seu parágrafo único.

1.9 Procedimento

Pode-se dizer que o procedimento licitatório tem duas fases: a fase interna e a fase externa.

A primeira, ou seja, a fase interna está prevista no art. 38 e dá início ao procedimento, com a abertura de processo por meio do qual “a

autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa” (MEIRELLES, 2015, p. 328).

A segunda, isto é, a fase externa tem início, às vezes, com a realização de audiência (art. 39), ou com a publicação do aviso de edital (art. 21) ou expedição do convite de convocação dos interessados. No caso de licitação para a concessão ou permissão de serviços públicos, a fase externa se inicia com a publicação de justificativa quanto à delegação (ou outorga, como diz a Lei) da concessão ou da permissão, consoante disposição do art. 5º, da Lei nº 8.987/95. Do mesmo modo, deve ser realizada audiência pública na forma do que estabelece o art. 23, I, “c”, c/c com o art. 39, todos da Lei nº 8.666/1993. Ainda o art. 11, IV, da Lei nº 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico) exige audiência prévia e consulta públicas sobre o edital de licitação, quando se tratar de concessão, e sobre a minuta do contrato que tenham por objeto a prestação de serviços públicos na área abrangida pela citada Lei.

Após a publicação do edital ou expedição do convite, seguem-se, pela ordem, o recebimento da documentação para a habilitação, quando for o caso, e das propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, homologação e adjudicação.

Com o advento da Lei nº 11.196/2005 foi introduzido o art. 18-A na Lei nº 8.987/1995, autorizando que o edital da licitação na modalidade concorrência permita a inversão das fases de habilitação e julgamento, como também o oferecimento de lances pelos licitantes, promovendo aí, dessa forma, uma equiparação com o procedimento adotado no pregão. Essa alteração, contudo, “só se aplica nas licitações regidas por essa Lei nº 8.987, que, sendo lei especial, não pode alterar lei geral, como a Lei nº 8.666/93”, no correto entendimento de MEIRELLES (2015, p. 328).

1.9.1 Edital

O edital é o instrumento pelo qual o licitador noticia a abertura da licitação, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados, exceto no caso de convite. Como foi visto no **item 1.3.1.7**, “o edital é a lei interna da licitação”.

Não deve o edital ser exaustivo, porém não se admite que seja omissivo em pontos essenciais, nem tampouco que nele estejam contidas disposições discriminatórias ou preferenciais, sob a pena de nulidade. Os Tribunais têm anulado todo o edital ou apenas a cláusula defeituosa do edital, dependendo da “possibilidade ou não de aproveitar-se o edital e a

licitação, com a supressão da cláusula ilegal” (MEIRELLES, 2015, p. 329 – nota de rodapé nº 130).

1.9.1.1 Divulgação obrigatória

O edital deverá ser obrigatoriamente publicado, na forma do que dispõe o art. 21, por meio da imprensa oficial e particular. Trata-se da publicação do aviso resumido, para conhecimento dos interessados e do público em geral. Nesse sentido, diz MEIRELLES:

O que a lei exige é a notícia da abertura da licitação, isto é, do *aviso resumido* do edital, e não de seu texto completo, pois este os interessados obterão no local indicado na comunicação. Nada impede, entretanto, que a Administração, em face da importância da licitação, promova a publicação na íntegra e em maior número de vezes que o legalmente exigido (2015, p. 330).

1.9.1.2 Partes do edital

I – Preâmbulo

É a parte introdutória que se destina a apresentar a licitação e a identificar o órgão que a promove; contém o número do edital, a finalidade da licitação, o processo autorizatório, a legislação que o regula, local, dia e hora para apresentação da documentação e das propostas, e da abertura dos envelopes.

II – Texto

É o corpo e a parte fundamental do edital, que define o objeto da licitação e estabelece os demais elementos que o constituem: prazo e condições; garantias; local e condições de exame do projeto básico e do projeto executivo, quando for o caso; fornecimento de informações relativas à licitação; critério de julgamento; critério de aceitabilidade dos preços unitário e global; critério de reajuste de preços; condições de pagamento e atualização financeira dos valores; recursos admissíveis; recebimento do objeto: outras indicações (art. 40, I a XVII).

III – Fecho

É o encerramento do edital, com as determinações finais sobre sua divulgação, data e assinatura da autoridade responsável pela licitação.

1.9.1.3 Impugnação administrativa do edital

Se omissivo em pontos essenciais, ou se for discriminatório, pode o edital ser impugnado:

I – Pelo cidadão (art. 41, § 1º);

II – Pelo licitante (art. 41, § 2º).

A impugnação administrativa deve ser consubstanciada em petição autônoma dirigida ao subscritor do edital. Não se admite que a impugnação conste do envelope da documentação ou da proposta, mas é possível constar da ata de recebimento dos envelopes o protesto que se reporta à impugnação já apresentada (MEIRELLES, 2015, p. 334).

1.9.2 Recebimento da documentação e propostas

Trata-se do segundo ato externo da licitação, iniciando-se a fase de habilitação dos licitantes. Como se sabe, é ato público (art. 3º, § 3º), no qual se dá a abertura dos envelopes que contêm a documentação e pelo exame da regularidade formal da documentação de habilitação, com a lavratura das atas e termos respectivos (art. 43, I).

I – Documentação

Refere-se ao conjunto dos comprovantes da personalidade jurídica, da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade fiscal, que são exigidos dos interessados para que possam se habilitar na licitação. Tal documentação deve ser apresentada em envelope lacrado, distinto do envelope das propostas e a elas não se referindo. A sua abertura antecede o conhecimento das ofertas. Não deve haver inversão ou concomitância na abertura dos envelopes contendo a documentação e dos envelopes nos quais constam as propostas, sob a pena de tornarem-se passíveis de invalidação, salvo o caso referido no **item 1.8.2.1**, com previsão da Lei nº 11.196/2005.

MEIRELLES enfatiza que:

Os documentos e papéis pedidos no edital ou convite podem ser apresentados em original, publicação de imprensa oficial ou cópia autenticada, que têm o mesmo valor perante a Administração ou a Justiça (CPC, arts. 365, 384 e 385, do Código anterior) e dispensam reconhecimento de firma (Dec. Federal 63.166, de 26.8.68). O Dec. federal 6.932, de 11.8.2009, prevê que a autenticação poderá ser feita pelo próprio servidor destinatário do documento (art. 10, § 1º) e dispensa o reconhecimento de firma em qualquer documento produzido no

Brasil quando assinado perante o servidor destinatário do documento (art. 9º). O documento produzido em outro país deverá ser autenticado pelo Consulado e traduzido em Português por tradutor juramentado. Observe-se que é crime induzir a repartição licitadora em erro por informação falsa na apresentação dos documentos (Lei 7.492/86, art. 6º) (2015, p. 335).

II – Propostas

Dizem respeito às ofertas apresentadas pelos licitantes com o fim de executar o objeto da licitação, contendo as indicações individuais de realização e preço, consoante forma e condições contidas no edital ou convite. Há de atentar-se para o fato de que a proposta, em licitação, diz respeito à oferta de contrato e, assim, deve ser identificada como *proposta de contrato*, como referido pelo Código Civil, nos arts. 427 e seguintes.

As propostas vinculam o proponente sem, contudo, obrigar a Administração a contratar, mesmo que a oferta seja devidamente aceita. **Vide item 1.3.2.2.**

III – Ata

Como todos têm conhecimento, ata é o registro escrito e formal que é feito de reuniões, atos e decisões ou ocorrências, em livro apropriado para tal ou em folhas avulsas numeradas e autenticadas pela autoridade competente. Nos procedimentos licitatórios é compulsório consignar-se em ata o recebimento, abertura e apreciação dos documentos, a abertura e julgamento das propostas. Toda ata deve registrar fielmente o ocorrido, inclusive as impugnações feitas pelos licitantes, os recursos oferecidos no ato, as deliberações da Comissão e os votos divergentes de seus membros (**vide art. 51, § 3º**).

A ata será subscrita pelo presidente e por quem a lavrou, mas recomenda-se a subscrição dos demais membros da Comissão. Faculta-se a sua assinatura a todos os presentes. Lembra MEIRELLES que os “licitantes não são obrigados a assinar a ata, mas, se, presentes, recusarem-se a fazê-lo, essa circunstância deve ser, em tempo, consignada na mesma”, com o intuito de resguardar a Comissão de eventos futuros, notadamente por parte dos licitantes (2015, p. 338).

As atas lavradas passam a fazer parte do processo licitatório e devem estar à disposição para exame dos licitantes e fornecimento de certidões a quaisquer interessados, consoante disposição constitucional (art. 5º, XXXIV, “b”). Se pública é a licitação, públicos também são os documentos que lhe dizem respeito.

IV – Termo

Trata-se do instrumento de atos, contratos e declarações que devem ser formalizados por escrito. Termo administrativo é aquele lavrado nas repartições da Administração direta ou indireta e, assim como a ata, em livro apropriado para tal ou em folhas avulsas numeradas e autenticadas pela autoridade competente. Cuidando-se de licitações, os termos são usados nos contratos, seus aditamentos e rescisões, devendo ser obrigatoriamente usados nos contratos decorrentes de concorrência e nos que se referem à transferência de domínio de bem imóvel (geralmente substituídos pela escritura pública).

1.9.3 Habilitação dos licitantes

É o ato pelo qual a Comissão Permanente de Licitação, após o exame da documentação, se manifesta sobre os requisitos exigidos, habilitando ou não os licitantes (art. 43, I). Esse ato pode também ser praticado pela Comissão de Julgamento do registro cadastral, quando a mesma existir na repartição promotora da licitação, conforme art. 51, § 2º. **Vide art. 41, § 4º.**

A fase da habilitação é distinta da fase do julgamento das propostas. Na habilitação tem-se em vista, tão somente, a pessoa do proponente, ou seja, suas qualificações para corresponder ao objeto da licitação; no julgamento, visa-se ao aspecto formal e ao conteúdo da proposta.

A habilitação poderá ser reexaminada, caso haja fatos supervenientes (art. 43, § 5º).

A habilitação sobre a qual se fala refere-se àquela que diz respeito à Concorrência, ou seja, aquela que é feita em fase *preliminar* ao julgamento.

Atente-se para o art. 18, sobre a habilitação na concorrência para a venda de bens imóveis.

Na Tomada de Preços, a habilitação é *prévia*, ou seja, ocorre antes mesmo de iniciado o procedimento licitatório, e é genérica, pois depende da inscrição do interessado no registro cadastral, como se verá adiante.

No Convite, a habilitação é feita, *a priori*, pelo licitante que escolhe e convoca aqueles que, cadastrados ou não, são tidos como capacitados e idôneos para executar o objeto da licitação (art. 22, § 3º).

No Concurso, torna-se *facultativa* a habilitação, enquanto no Leilão é absolutamente *desnecessária*, pois se trata de alienação de bens de entrega

imediate e pagamento à vista, a não ser “nas hipóteses de leilão para a privatização de empresas, em decorrência do Plano Nacional de Desestatização”, como afiança MEIRELLES (2015, p. 339). **Vide art. 19, III.**

A habilitação consiste na verificação e reconhecimento da:

I – Habilitação jurídica

É a aptidão para exercer direitos e contrair deveres, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos (art. 27, I, c/c art. 28). Decorre da *personalidade jurídica*, que é a qualidade condizente com toda pessoa humana (pessoa física) e atribuída a certas criaturas da lei (pessoas jurídicas) para, como está dito logo acima, exercer direitos e contrair obrigações. Logo, é patente que toda pessoa física ou jurídica tem personalidade jurídica, mas pode não ser detentora de capacidade jurídica, ou pode tê-la de forma limitada (como ocorre com os menores, por exemplo, na forma do Código Civil).

A capacidade, para fins de licitação pública, “deverá ser plena, do ponto de vista administrativo, isto é, ainda que regulada por normas do Direito Privado, há que atender também às do Direito Público”, como esclarece MARCELLO DA SILVA. E acentua que “o declarado inidôneo por punição administrativa, embora possa regularmente exercer os atos da vida civil, considera-se incapacitado para contratar com a Administração” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 340). Nesse sentido, deve-se conferir o art. 87, incisos III e IV.

Prova-se a capacidade jurídica, normalmente, pela cédula de identidade, carteira profissional ou outro documento de identificação equivalente (pessoa física), pela lei instituidora (pessoa jurídica de Direito Público, estatal ou autárquica, também cognominada pessoa administrativa) ou pelo registro na repartição competente (pessoa jurídica de Direito Privado), a saber: Junta Comercial (sociedades comerciais e firmas individuais) e Registro Civil das Pessoas Jurídicas (sociedades e associações civis), ou, aonde este não venha a existir, Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

A Administração, com o fito de comprovar a capacidade jurídica plena, poderá exigir outros documentos: atas de constituição e alteração das pessoas jurídicas, estatutos e alterações posteriores etc.

II – Regularidade Fiscal

É o atendimento das exigências do Fisco, que se traduz pela quitação ou discussão dos tributos pelo contribuinte (art. 27, IV, c/c art. 29). Essa regularidade não diz respeito apenas à inscrição no cadastro federal de contribuintes (CPF ou CNPJ), mas também nos cadastros estadual e municipal, condizentes com o domicílio ou sede do licitante. Em se tratando de cadastro municipal, se houver, este versa sobre o imposto sobre serviços (ISS), daí porque a lei exige seja pertinente ao ramo de atividade do licitante e compatível com o objeto contratual (art. 29, II).

Cumprindo preceito constitucional (art. 195, § 3º), a lei exige, ainda, prova de regularidade com o sistema de Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), como se depreende do art. 29, IV.

III – Qualificação técnica

É o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação (art. 27, II, c/c art. 30). Pode ser genérica, específica e operativa.

- a) **Genérica:** comprova-se pelo registro profissional;
- b) **Específica:** prova-se por atestado de desempenho anterior e pela existência de equipamentos e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação;
- c) **Operativa:** comprova-se pela demonstração da disponibilidade dos recursos materiais e humanos adequados, indispensáveis à execução.

Registre-se que “o licitante pode ser profissional habilitado e não ter pessoal e/ou aparelhamento próprios para a realização do objeto do contrato; pode ser habilitado e possuir o aparelhamento e o pessoal adequados, mas indisponíveis para a execução do objeto do contrato, por estar exaurida sua capacidade operativa real”, em razão de já os estar utilizando na execução de outros contratos de obras, serviços ou fornecimentos (MEIRELLES, 2015, p. 341).

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, discorrendo sobre a capacidade técnica dos licitantes aduz que:

Uma empresa pode ter capacidade técnica genérica, mas não demonstrar, *especificamente* para um determinado empreendimento, a capacidade técnica necessária. Como pode ter capacidade técnica *genérica* e *específica* e não

possuir capacidade técnica *operativa*, que é a *disponibilidade* de recursos humanos e materiais para a execução do objeto contratual nos prazos ajustados (1996, p. 69).

O autor citado faz alusão ao que, acerca do assunto, ocorre em outros países:

Vale enfatizar que a preocupação com a capacidade técnica *específica* não existe apenas em nosso País. Em outros países há autores, como Quancard, que chegam ao extremo de criticar o procedimento licitatório, do ponto de vista dos interesses da Administração, entre outros motivos porque não permite levar em conta adequadamente o valor técnico da prestação, devido à dificuldade de especificar detalhadamente, no edital, as condições pessoais do proponente.

Uma posição mais equilibrada foi adotada por uma comissão composta por arquitetos, empreiteiros e engenheiros de edificações, designada pelo Ministro de Obras Públicas da Grã-Bretanha, que, após dois anos de trabalho, elaborou relatório em que dizia: "... Não encontramos absolutamente nenhum argumento favorável à licitação pública aberta a todos e admitimos sem reserva o ponto de vista segundo o qual, quando a licitação faz apelo à concorrência, é absolutamente essencial que, para cada empreendimento licitado, a concorrência pública se limite às empresas cuidadosamente escolhidas em função da importância e da natureza das obras, e reconhecidamente capazes de empreitar e executar o trabalho com os necessários requisitos de qualidade (1996, p. 69).

Do exposto, vale dizer que é preciso uma integração multifuncional da capacidade técnica. GERALDO ATALIBA chegou mesmo a pregar a necessidade da capacidade *gerencial* do (a) licitante/empresa (*Apud* AMARAL, 1996, p. 70).

Assim, é cabível que a Administração verifique, além da *capacidade técnica teórica*, a *capacidade técnica efetiva* de execução, isto é, a *capacidade operativa real*. Ressalte-se que não se deve exigir a disponibilidade de equipamentos quando da apresentação das propostas. Estes devem estar disponíveis para a execução do objeto da licitação, ou seja, no momento em que eles se tornam necessários (art. 30, II).

A título de comprovação da disponibilidade, basta a apresentação de relação explícita dos aparelhos exigidos e declaração formal de sua disponibilidade, com os elementos justificadores. Está proibida a exigência de propriedade e localização prévia (art. 30, § 6º), ficando o licitante sujeito às penalidades da lei, que podem chegar até a declaração de inidoneidade, prevista no art. 87, IV.

É preciso observar, igualmente, alguns elementos presentes na capacidade técnico-profissional, tais como:

- nas licitações de obras e serviços deve o licitante demonstrar possuir em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior que detenha atestado de responsabilidade técnica (ART), expedido pela entidade profissional respectiva (30, § 1º, I);
- possibilidade de exigência da metodologia de execução, nos casos de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica (art. 30, § 8º); será considerado inabilitado o licitante cuja metodologia venha a ser recusada pela Comissão.
- alta complexidade técnica: a que envolve alta especialização, na forma do art. 30, § 9º.

IV – Qualificação econômico-financeira

É a capacidade para fazer face aos encargos econômicos decorrentes do contrato (art. 27, III, c/c art. 31). Tal capacidade é comprovada “pelo balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, por certidão negativa de falência ou concordata e por prestação de garantia real ou fidejussória, desde que limitada a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação (art. 31, § 3º)”, como enfatiza MEIRELLES (2015, p. 343).

Mas MEIRELLES adverte:

O essencial é que a Administração não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação. Desde que o interessado tenha *capacidade financeira real* para a execução do objeto daquela licitação, pode concorrer em igualdade de condições com os de maior capital ou faturamento, circunstância que será aferida por critérios objetivos previstos no edital (art. 31, §§ 1º e 5º) (2015, p. 343).

V – Regularidade trabalhista

Esta foi acrescentada pela Lei nº 9.854, de 27.10.1999, a fim de atender ao disposto no art. 7º, inciso XXXIII, CF, diz respeito à demonstração pelo licitante de que não utiliza trabalho de menor de dezoito anos em atividades noturnas, perigosas ou insalubres, e de qualquer trabalho de menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de catorze anos. Dita Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 4.358, de 06.09.2002.

Diz MEIRELLES que “comprovada a infração, o contrato poderá ser rescindido, de acordo com a redação dada ao art. 78 da Lei nº 8.666/1993” (2015, p. 343). E acrescenta:

Para esse fim, o Ministério do Trabalho e o do Planejamento deverão adotar providências no sentido de disponibilizar aos órgãos e entidades da Administração Pública informações relativas às atuações efetuadas em função do uso de mão de obra infantil, conforme dispõe o mesmo decreto (2015, p. 343-344).

Sobre a rescisão do contrato pelo motivo exposto, **vide item 2.5.4.4.**

1.9.4 Desistência da proposta após a habilitação

Feita a habilitação dos licitantes, não pode haver desistência das propostas, conforme dispõe o art. 43, § 6º, com as ressalvas ali sediadas.

1.9.5 Inabilitação de todos os licitantes

Quando todos os licitantes forem inabilitados, poderá ser concedido prazo para a apresentação de nova documentação (art. 48, § 3º). Tem-se em vista não causar danos à Administração, com a demora na abertura de nova licitação. Se ocorrerem falhas na documentação de todos e, por isso, forem inabilitados, receberão o mesmo tratamento. **Vide item 1.12.1.2.**

1.10 Serviços de publicidade

A Lei nº 8.666/93 proibiu expressamente a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação (art. 25, II). Aliás, no art. 2º já vem estabelecida a incidência da lei na contratação de serviços, inclusive os de publicidade. Pois bem. A Lei nº 12.232, de 29/04/2010, “estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1º). Envolve todos os Poderes e a Administração direta e indireta. As leis nº 4.680/65 e nº 8.666/93 são aplicadas de forma complementar (art. 1º, § 2º), salvo quando não aplicadas diretamente pela Lei nº 12.232/2010.

É preciso atentar para os seguintes casos (**nesse item, os dispositivos de lei citados, sem a devida declinação da lei, referem-se à Lei nº 12.232/2010**):

I – conceito legal de “serviços de publicidade” (art. 2º);

II – contratação só de agência de propaganda detentora de certificado de qualificação técnica de funcionamento (art. 4º e §§ 1º e 2º);

III – extensão do objeto da licitação e do respectivo contrato: veda-se a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização em vigor (art. 2º, § 2º); e faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa; no processo de licitação e na execução desses contratos, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre contratadas, cuja metodologia será aprovada pela Administração e publicada na Imprensa oficial (art. 2º, §§ 3º e 4º);

IV – modalidades de licitação dos serviços de publicidade: deve-se obedecer as modalidades definidas no art. 22 da Lei nº 8.666/93, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 5º);

V – instrumento convocatório: deve atender aos ditames do art. 40 da Lei nº 8.666/93, com exceção dos incisos I e II do seu § 2º, e as constantes dos incisos I a XIV do art. 6º e seus §§ da Lei nº 12.232, que devem ser conjugados com os arts. 7º e 8º, que especificam os “*quesitos*” do “*plano de comunicação publicitária*” e do “*conjunto de informações*”, dispostos no inciso III do art. 6º; atente-se para o fato de que o julgamento das propostas antecede a fase de habilitação, invertendo-se, assim, a regra da Lei nº 8.666/93, conforme disposição do art. 6º, I, e art. 11, XI, da Lei nº 12.232/2010;

VI – comissão de julgamento e subcomissão técnica: as licitações serão processadas e julgadas por Comissão Permanente ou Especial, exceto para a análise e julgamento das propostas técnicas, que é de competência de uma Subcomissão Técnica (art. 10 e §§ 1º a 9º), com a ressalva do § 10;

VII – propostas de preços e propostas técnicas: atendendo-se os parâmetros dos incisos I a XIV do art. 6º e dos arts. 7º e 8º, (a) as propostas de preços serão apresentadas em um invólucro e (b) as propostas técnicas em três invólucros separados, que destinados (b1) um para a via não identificada do plano de comunicação publicitária, (b2) um para a via identificada do plano de comunicação publicitária e (b3) outro para as demais informações integrantes da proposta técnica (art. 9º); observe-se o art. 9º, §§ 1º e 2º, da lei em questão; com relação aos invólucros das propostas de preços e técnicas, observe-se, ainda, o que determina o art. 11, §§ 1º e 2º, c/c o art. 6º, XII e XIII;

VIII – julgamento das propostas técnicas e das propostas de preços: há procedimentos distintos para o julgamento das propostas técnicas e para as propostas de preços, na forma do que estabelecem os incisos I a XIV do § 4º do art. 11, que devem ser conjugados com os incisos VI, VII e XIV, e §§ 1º e 2º, do art. 6º da Lei especial em estudo;

IX – apresentação e decisão sobre documentos de habilitação: com o julgamento final das propostas de preços é aberto o procedimento referente à habilitação apenas dos licitantes classificados, com as seguintes etapas: (a) convocação dos licitantes para apresentação dos documentos de habilitação, (b) recebimento e abertura do invólucro com os documentos de habilitação desses licitantes, em sessão pública, para análise da sua conformidade com os ditames estabelecidos, (c) decisão habilitando ou inabilitando os licitantes e consequente abertura do prazo para recurso, como manda o art. 109, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, (d) homologação do procedimento, após reconhecida a habilitação dos licitantes, e adjudicação do objeto da licitação ao respectivo vencedor, podendo essa adjudicação, como visto antes, abranger mais de uma agência de propaganda, como dispõe o art. 2º, § 3º da lei;

X – os princípios do sigilo na apresentação das propostas, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo: em diversos dispositivos a lei especial traçou a preservação desses princípios (art. 6º, incisos VI, VII e VIII, e § 2º, inciso XIV, art. 11, § 4º, incisos III e IV, art. 13 e parágrafo único, todos da lei em comento; atente-se também para o disposto no art. 6º, § 2º).

1.11 Licitações à luz do novo estatuto da microempresa

O novo estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, “trouxe mudanças significativas para as licitações públicas, tendentes a dar mais espaço às pequenas empresas no disputado mercado governamental” (JONAS LIMA, 2008, p. 13).

As novas regras devem ser interpretadas em face da legislação vigente, inclusive, no que diz respeito aos ritos ou procedimentos em todas as modalidades licitatórias.

As origens internacionais das licitações para pequenas empresas remontam à década de 1940, no curso da Segunda Guerra Mundial, e, mais especificamente, nos Estados Unidos, onde as pequenas empresas ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que produziam os mais

diversos produtos para a guerra. De início, em 1942, foi criada a Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico, que cuidava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Mas somente em 1953 foi aprovada a Lei de Apoio às Pequenas Empresas, até hoje vigente.

De lá para cá, outros países, a exemplo do Japão, na época de sua reconstrução pós-guerra, França, Alemanha, Itália, Canadá, Inglaterra, Peru, África do Sul, também se voltaram para dar a devida proteção legal às empresas de pequeno porte. Esta tendência tem se alastrado pelo mundo.

A seção única do capítulo V da LC nº 123/2006 trata das aquisições públicas (arts. 42 a 49). Nesse sentido, **vide item 1.3.1.4.**

1.12 Modalidades de licitação

Eram cinco as modalidades originais de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 (art. 22): concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Com a criação da modalidade pregão, através da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, as modalidades passaram a ser seis. Assim, pode-se dizer que licitação é gênero que comporta seis espécies.

As três primeiras modalidades originais são denominadas por alguns doutrinadores como *modalidades comuns*, enquanto as outras três são chamadas *modalidades especiais*.

1.12.1 Concorrência

Concorrência é a modalidade de licitação apropriada para contratos de grande vulto, admitindo-se a participação de quaisquer interessados, desde que atendam as condições estabelecidas no edital (art. 22, I, c/c § 1º).

1.12.1.1 Obrigatoriedade

A concorrência é obrigatória nas contratações de obras e serviços de engenharia, previstos no art. 23, I, “c” e nas compras e serviços previstos no citado artigo, inciso II, “c”. A obrigatoriedade é prevista também nos casos do art. 23, § 3º (compra ou alienação de bens imóveis, com a ressalva do art. 19, nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, com a ressalva contida no mesmo § 3º). Observa-se, ainda, o disposto no art. 15, § 3º, I (seleção feita mediante concorrência, relativa ao *sistema de registro de preços* atinente às compras), com a faculdade da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, que prevê a possibilidade de uso do pregão, no caso do registro de preços (art. 11).

1.12.1.2 Requisitos

São quatro os requisitos essenciais da concorrência: universalidade, ampla publicidade, habilitação preliminar e julgamento por comissão. A eles são acrescidos outros três: participação de empresas estrangeiras, consórcio de empresas e pré-qualificação.

I – Universalidade

Trata da possibilidade de participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não na Administração que realiza a concorrência, ou noutro órgão ou entidade pública, pois se tem em vista uma convocação mais ampla. Desta forma, os únicos comprovantes exigidos são os de capacitação e regularidade estudadas no **item 1.9.3**. Não se admite outras exigências dos interessados em participar da concorrência, a exemplo de registros especiais, porquanto isso inibiria a participação, infringindo o requisito em comento.

II – Ampla publicidade

Esse requisito relaciona-se com o anterior. A lei exige ampla divulgação da abertura da concorrência, “tendo em vista o vulto e a complexidade do seu objeto”, como sentencia MEIRELLES (2015, p. 378). A Administração pode servir-se de todos os meios de divulgação ao seu alcance, respeitando o mínimo legal, sob a pena de invalidação do certame e do contrato subsequente (art. 21, I, II, III e § 1º).

III – Habilitação preliminar

É a fase que antecede a abertura das propostas, oportunidade em que os interessados demonstram possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital (art. 22, § 1º). **Vide item 1.9.3.**

IV – Julgamento por Comissão

O julgamento dos requisitos inerentes aos interessados, ou seja, à qualificação dos concorrentes, na fase de habilitação preliminar, e o julgamento das propostas, na fase de julgamento, como previsto em lei, é reservado a uma comissão de, no mínimo, três membros, que, comumente, é a Comissão Permanente de Licitação – CPL –, embora seja admissível a composição de Comissão Especial para cada caso, ou para casos específicos.

Nesse sentido, deve-se observar o disposto no art. 6º, inciso XVI. Mas a Comissão Permanente ou Especial não pode ser substituída em seu poder decisório por nenhuma autoridade (art. 51). Dentre os três membros da comissão pelo menos dois devem ser “servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsável pela licitação”.

A Comissão pode ser assessorada por técnicos ou por outras comissões especializadas em “aspectos jurídicos, científicos, tecnológicos, econômicos e financeiros”, o que é frequente nas “concorrências de grande vulto e complexidade”, do mesmo modo que pode fundamentar o “julgamento em laudos e pareceres esclarecedores das propostas em exame” (MEIRELLES, 2015, p. 379).

Ainda a respeito da Comissão, deve-se considerar o disposto nos artigos 15, § 8º (comissão para recebimento de materiais) e 51, § 2º (comissão para julgar pedidos de inscrição no registro cadastral, a Comissão do Registro Cadastral), sendo esta “integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos”. **Vide item 1.8.3.**

MEIRELLES observa que a Comissão do Registro Cadastral poderá, pois a Lei não o impede, apreciar a documentação na fase de habilitação, quando houver tal registro. E afirma que esta “possibilidade pé de grande alcance prático, porque o exame da documentação exige experiência e conhecimentos especializados de Direito, Contabilidade e Finanças, nem sempre ao alcance da Comissão de Julgamento da concorrência, constituída por técnicos de outras especialidades” (2015, p. 379).

Os membros da Comissão têm responsabilidade solidária acerca de todos os atos praticados pela mesma, com a ressalva prevista em lei (art. 51, § 3º).

A investidura dos membros das Comissões Permanentes não pode exceder a um (1) ano (51, § 4º).

V – Participação de empresas estrangeiras (concorrência internacional)

Na concorrência internacional permite-se a participação de firmas nacionais e estrangeiras, de forma isolada ou em consórcio (as firmas estrangeiras consorciavam-se com firmas nacionais – **vide item VI, a seguir**). Processa-se como qualquer outra concorrência, apenas obedecendo às regras estabelecidas pelos órgãos federais que respondem pela política

monetária e de comércio exterior (Banco Central do Brasil e Ministério da Fazenda).

Sobre as condições de participação de firmas estrangeiras nas concorrências, é de atentar-se para a autenticação da documentação pelos respectivos consulados e tradução da mesma para o português por tradutor juramentado (art. 32, § 4º). As “propostas deverão ser traduzidas, mas nada impede sejam acompanhadas de catálogos na língua original, se isso facilitar o entendimento e o julgamento das ofertas”, como acentua MEIRELLES (2015, p. 381). Há de observar, ainda, o disposto no art. 42 e seus parágrafos.

No que tange ao art. 42, § 4º, MEIRELLES faz a seguinte exortação:

Este dispositivo há de ser interpretado com cautela, pois, caso contrário, conduziria a resultado não desejado pela norma. A regra é a igualdade entre empresas brasileiras e estrangeiras. O art. 3º, § 1º, II, proíbe qualquer tratamento diferenciado, de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária, ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras. Ora, se as empresas estrangeiras recolhem tributos em seus próprios países e, assim, somente no caso de incidência efetiva sobre a operação final de venda seria admissível o acréscimo desse gravame nas propostas dos licitantes estrangeiros (2015, p. 381).

Nas concorrências internacionais, cujo objeto será custeado com recursos oriundos de financiamento ou doação de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral, é de verificar-se o disposto no art. 42, § 5º.

VI – Consórcio de empresas

Consórcio de empresas ou firmas é a associação de dois ou mais interessados na concorrência, quer sejam profissionais quer sejam empresas, a fim de somar técnica, capital, trabalho e *know-how*, com vistas a facilitar a execução do objeto da licitação (art. 33).

O consórcio não se constitui em pessoa jurídica, mas na reunião operativa de empresas, que, por contrato, se comprometem a colaborar no empreendimento que as levaram a se associar, mantendo cada uma sua própria personalidade. Cabe a uma delas a liderança (art. 33, II). No caso dos consórcios internacionais, a liderança será sempre de uma empresa brasileira (art. 33, § 1º). Contudo, MEIRELLES adverte:

Não obstante, esta assertiva, agora, somente é válida nas concorrências nacionais [que admitam consórcios com a participação de firmas estrangeiras]. Nas internacionais, admitindo-se a participação de firma estrangeira que tenha

representante legal no Brasil, não há por que impedir a participação de consórcios constituídos apenas por empresas estrangeiras, desde que a empresa-líder aqui possua representação legal para receber citação e responder administrativa e judicialmente (2015, p. 381).

A habilitação jurídica e a regularidade fiscal devem ser demonstradas por meio da documentação apresentada individualmente pelos consorciados, consoante disposição editalícia, não sendo admissível que a empresa-líder o faça por todos. Todavia, para a qualificação técnica e qualificação econômico-financeira a lei permite a soma dos quantitativos e dos valores de cada consorciado, observada a cota consorcial de cada um (art. 33, III). Dessa forma, fica ampliada a possibilidade de participação de pequenas e médias empresas em concorrências de grande vulto.

Para participar de licitação, é bastante a apresentação do *compromisso de consórcio*, mediante instrumento público ou particular, subscrito pelos interessados e sem a necessidade de qualquer registro. Apenas o licitante vencedor tem a obrigação de promover o registro do consórcio para fins de assinatura do contrato (art. 33, I, e § 2º). Veda-se a participação de empresa consorciada na mesma licitação, quer isoladamente, quer como partícipe de outro consórcio (art. 33, IV).

É sabido que o consórcio não tem personalidade jurídica própria, pois “se a tivesse, deixaria de ser consórcio para apresentar-se como nova entidade jurídica” (MEIRELLES, 2015, p. 382). Logo, a empresa-líder não representa juridicamente as demais consorciadas. Ela apenas representa o consórcio junto ao Poder Público, nos aspectos técnico, econômico e administrativo, inclusive no tocante às multas e possíveis indenizações. Exige-se a responsabilidade solidária das consorciadas (art. 33, V).

VII – Pré-qualificação

É a verificação prévia dos requisitos exigidos por lei de empresas ou consórcios para participarem de certas concorrências, quando se configurar a necessidade de análise mais detalhada da qualificação técnica dos interessados (art. 114). A esse respeito diz MARCELLO CAETANO:

Nas licitações mais importantes é prática internacionalmente aceita e consagrada já nas leis, proceder-se a uma primeira seleção dos licitantes, apurando por critérios rigorosos de habilitação ou qualificação preliminar os mais idôneos para eventualmente arcarem com as responsabilidades que o contrato envolverá (1977, p. 233).

À luz do § 2º do artigo supramencionado, o procedimento utilizado na pré-qualificação assemelha-se ao da concorrência: definição do objeto,

edital de convocação amplamente divulgado, especificação dos requisitos almejados pela Administração, abertura dos envelopes contendo a documentação em sessão pública e julgamento dos participantes por Comissão, seguindo-se a homologação da decisão pela autoridade competente. Nessa fase não são apresentadas propostas, mas tão somente a documentação que comprove os requisitos de capacitação exigidos pela Administração.

Uma vez pré-qualificados, os interessados estão “habilitados para participar das concorrências previstas na pré-qualificação, para as quais serão convidados pessoalmente, dispensada a publicidade”. Mesmo assim, sobretudo quando as concorrências se distanciam do momento da pré-qualificação, “poderá haver, ainda, a *habilitação preliminar*, mas limitada à verificação de que os concorrentes permanecem nas condições já comprovadas e de que possuem, no momento, a *real capacidade financeira e operativa*”. Vale dizer: “embora pré-qualificados, os concorrentes poderão ser inabilitados numa determinada concorrência, o que não impede participem de outra do mesmo empreendimento para o qual se fez a pré-qualificação” (MEIRELLES, 2015, p. 383).

1.12.1.3 Prazos para publicação dos avisos de editais

Os prazos para publicação dos avisos de editais de concorrências estão contidos no art. 21, § 2º, I, “b”, e II, “a”. Sobre a contagem dos prazos, vide art. 110 e seu parágrafo único.

1.12.2 Tomada de preços

É a modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados, de acordo com a necessária habilitação (art. 22, II, c/c § 2º).

1.12.2.1 Incidência

A incidência dessa modalidade licitatória está prevista no art. 23, I, “b” (para obras e serviços de engenharia) e II, “b” (para compras e outros serviços). Na verdade, nos limites previstos nos dispositivos legais acima referidos, não se pode realizar convite, mas pode-se realizar concorrência. Vide art. 23, §§ 3º a 5º.

1.12.2.2 Habilitação prévia

Ordinariamente, o procedimento da tomada de preços, inclusive quanto ao julgamento, é o mesmo da concorrência, distinguindo-se pela

existência da habilitação prévia – e não preliminar –, que ocorre quando do registro cadastral.

1.12.2.3 Registros cadastrais

São os assentamentos feitos nas repartições administrativas que promovem licitações, no sentido de qualificar os interessados em contratar com a Administração, no ramo de suas respectivas atividades (arts. 34 a 37 e 51).

Pela redação original da Lei nº 8.666/1993, o CRC (certificado de registro cadastral) substituiria os documentos relativos à habilitação, como, aliás, ocorria na vigência do estatuto licitatório anterior. Finalmente, com a redação dada pela Lei nº 9.648/1998, ao § 2º, o CRC passou a substituir todos os documentos de que falam os arts. 28 a 31, caso as informações ali constantes estejam disponibilizadas em sistema informativo de consulta direta indicado no edital, devendo a parte declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

MEIRELLES chama atenção para o fato de que a habilitação é bipartida: *habilitação genérica* e *habilitação específica* (2015, p. 384). A primeira diz respeito à capacidade jurídica e à regularidade fiscal (exigida igualmente em todas as modalidades e em todos os tipos de licitação). E a segunda refere-se à capacidade técnica e à qualificação econômico-financeira (que varia de acordo com o objeto da licitação efetuada).

Adverte, contudo, que, normalmente, “o cadastro informatizado está apto a fornecer os dados necessários à chamada habilitação genérica”, mas “difícilmente teria condições de informar os dados relativos à *habilitação específica*”, pois “esta varia de acordo com o objeto da licitação”. Assim, assinala o citado publicista, que os documentos relativos à *habilitação específica* “deverão ser apresentados no momento oportuno” (2015, p. 384).

Vê-se que, com a nova redação do § 2º, do art. 32, o § 3º “perdeu sua eficácia, visto que a matéria foi regulada inteiramente pelo parágrafo anterior”, como lembra MEIRELLES (2015, p. 384).

Salienta-se, enfim, que o *certificado de registro cadastral* deve ser um reflexo fiel da situação do inscrito, apresentando todos os dados indispensáveis para que se possa aferir toda a sua capacitação, bem como os “elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação licitada” (MEIRELLES, 2015, p. 384). Afinal, o

inscrito poderá, no futuro, celebrar um contrato que terá natureza *intuitu personae*, como se verá oportunamente.

Sobre a Comissão de Registro Cadastral, **vide item 1.12.1.2 – IV**.

1.12.2.4 Prazo para publicação do aviso de edital

Na verdade, há dois prazos para a publicação do aviso do edital, conforme seja o tipo da tomada de preços. Se do tipo *melhor técnica ou técnica e preço*, será de 30 dias (art. 21, II, “b”). E se for do tipo *menor preço*, será de 15 dias o prazo para a publicação do aviso de edital (art. 21, III).

1.12.3 Convite

É a modalidade licitatória mais simples, que se destina às contratações de pequeno valor (art. 22, III, c/c § 3º). Consiste na solicitação escrita endereçada a, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, podendo ser ou não registrados no CRC, a fim de que apresentem suas propostas no prazo de cinco dias úteis (art. 21, § 2º, IV). Deve ser observada a disposição do § 6º, quando for o caso.

1.12.3.1 Incidência

O convite incide nos casos previstos no art. 23, I, “a” e II, “a”.

1.12.3.2 Documentação de habilitação

Em decorrência da simplicidade do convite, a documentação relativa à habilitação poderá ser dispensada, na forma do que dispõe o art. 32, § 1º. Mas, quando for exigida, deverá ser apresentada em envelope separado do da proposta. **Vide item 1.9.3.**

1.12.3.3 Julgamento das propostas

As propostas relativas ao convite devem ser julgadas pela Comissão de Julgamento das licitações, mas admite-se a substituição desta por servidor formalmente designado para esse fim (art. 51, § 1º).

1.12.3.4 Formalização do ajuste

Realizado o julgamento das propostas e adjudicado o objeto do convite ao vencedor, o ajuste é formalizado mediante simples ordem de execução de serviço, nota de empenho da despesa, autorização de compra, ou carta-contrato, conforme disposições do art. 62.

1.12.4 Concurso

É a modalidade especial de licitação que se destina a escolher trabalho técnico ou artístico, de criação predominantemente intelectual. Normalmente, há a atribuição de prêmio aos classificados, mas a lei admite a possibilidade de oferta de remuneração (art. 22, IV, c/c § 4º).

1.12.4.1 Regulamento

Em conformidade com o disposto no art. 52, o concurso deve ser precedido de regulamento próprio. Há quem entenda ser possível que o regulamento esteja contido no edital, mas há quem entenda que o regulamento deve ser separado do edital.

1.12.4.2 Prazo para a publicação do aviso de edital

De acordo com o art. 21, § 2º, I, “a”, c/c o art. 22, § 4º, o prazo para a publicação do aviso de edital do concurso é de 45 dias.

1.12.4.3 Julgamento

O julgamento do concurso será feito por uma Comissão Especial, consoante disposições do art. 51, § 5º.

1.12.4.4 Inadmissibilidade de contrato

O concurso encerra-se com a classificação dos trabalhos e a consequente premiação, “não conferindo qualquer direito a contrato com a Administração”, como salienta MEIRELLES (2015, p. 386).

Quando se tratar de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, na forma do art. 52, § 2º. Deve-se observar, ainda, o disposto no art. 111. A execução do projeto escolhido será objeto de nova licitação. Sobre habilitação, **vide item 1.9.3.**

1.12.5 Leilão

1.12.5.1 Conceito

Leilão é a modalidade especial de licitação (art. 22, § 5º, c/c art. 53) “entre quaisquer interessados para a venda de bens **móveis** inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art.22, § 5º)”, conforme ensina DI PIETRO (2015, p. 454).

1.12.5.2 Tipos

Como preleciona MEIRELLES (2015, p. 386), a Administração “poderá valer-se de dois tipos de leilão”, a saber:

I – Comum

É o que é privativo de leiloeiro oficial, onde houver, e rege-se pela legislação federal pertinente (Decretos nº 21.981/1932, que regulamenta a profissão de leiloeiro, e nº 22.427/1933, que modifica o anterior). Cabe à Administração, contudo, estabelecer as condições de sua realização.

II – Administrativo

É o apropriado para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou abandonadas nas alfândegas (DL nº 37/1966), nos armazéns ferroviários (Dec. nº 2.089/1963) e nas repartições públicas em geral (Dec. nº 21.981/1932), observadas as normas regulamentares da Administração promovente da licitação.

A legislação federal (Dec.-lei nº 9.588/1946 e Lei nº 4.021/1961) admite o leilão de semoventes pela própria Administração, onde não houver leiloeiro oficial. Por analogia, poderá ser utilizado o leilão administrativo para os fins a que se propõe o leilão comum, sempre que não houver leiloeiro oficial na localidade. E é isso o que acontece, notadamente nos Municípios menores.

1.12.5.3 Habilitação dispensável

Prestando-se para venda à vista ou a curto prazo, em que o bem é *apregoadado*, os lances são *verbais*, a entrega se processa de imediato, não se faz necessária a habilitação prévia dos licitantes. Como o leilão é “um ato negocial instantâneo, não se presta às alienações que dependem de contrato formal”. Na verdade, no leilão, “o bem é *apregoadado*, os lances são *verbais*, a venda é feita *à vista* ou *a curto prazo* e a entrega se processa de imediato” (MEIRELLES, 2015, p. 387). **Vide item 1.9.3.**

O leilão, contudo, assumiu nova dimensão como procedimento licitatório, a partir da aprovação e reformulação do Programa Nacional de Desestatização – PND, por meio, respectivamente, das Leis nº 8.032/1990 e nº 9.491/1997. Admite-se, a partir daí, o leilão como forma de licitação em várias modalidades operacionais de privatização (art. 4º, § 3º). Nesses casos específicos, deverá ser exigida qualificação dos interessados e outros elementos necessários para o êxito da operação, dentre os quais a prestação

de garantia. Os leilões efetuados dentro do PND vêm sendo realizados nas Bolsas de Valores, exigindo-se habilitação prévia dos interessados e garantia da proposta.

1.12.5.4 Prazo para publicação do aviso de edital

O prazo para a publicação do aviso de edital é de 15 dias, conforme dispõe o art. 21, § 2º, III.

1.12.6 Pregão

1.12.6.1 Considerações preliminares

O art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/1993 proíbe (ou proibia) a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação daquelas referidas no citado artigo.

Entretanto, a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, criou a modalidade pregão, que seria regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.555, de 8 de agosto do mesmo ano, cuja redação defeituosa seria revista pelo Dec. nº 3.639, de 20 de dezembro seguinte, e que, não obstante, cometeria outros equívocos, alguns dos quais sanados pela nova Lei de Informática (Lei nº 10.176, de 11.0.2001). Dita Medida Provisória seria reeditada dezoito vezes, sofrendo algumas alterações.

Disse-se, então, que a nova modalidade de licitação era ilegal, e, mais do que isso, inconstitucional. Ilegal, porque feria o citado art. 22, § 8º, do estatuto licitatório. Neste caso, como a Medida Provisória tem força normativa (art. 62, CF), segundo o entendimento de alguns doutrinadores, houve, na verdade, a derrogação do mencionado dispositivo legal. E inconstitucional, porque ia de encontro ao citado art. 62 da Constituição Federal, visto que o Poder Executivo, mais uma vez, se valeu da edição da Medida Provisória para disciplinar uma atividade da Administração Pública Federal, sem que se apresentasse caso de relevância e urgência, usurpando, como já se tornou patente, a função típica do Poder Legislativo. Claro está, pois, que o pregão somente tinha serventia na esfera da Administração Pública Federal.

Decerto, não custa lembrar que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações) já previa a criação do pregão, como modalidade licitatória.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, converteu a Medida Provisória em norma geral, ampliando, assim, sua aplicação ao âmbito dos

Estados, Distrito Federal e Municípios, para a aquisição de bens e serviços comuns.

1.12.6.2 Conceito

A palavra pregão vem do latim *praecone*, que significa ato de apregoar. Pregão, portanto, é o ato pelo qual os porteiros de auditórios, os corretores de bolsas (nalguns casos, hoje em dia) ou os leiloeiros apregoam a coisa que está para ser vendida e os lances já oferecidos.

Ora, pelo que se depreende da etimologia da palavra, a nomenclatura pregão não foi das mais felizes para denominar uma nova modalidade de licitação, quando já se tem uma modalidade chamada leilão.

De qualquer forma, o conceito de pregão foi estabelecido pelo art. 2º da MP nº 2.026/2000, sendo que o mesmo não passou para a Lei nº 10.520/2002.

Dizia, portanto, o art. 2º daquela Medida Provisória:

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Por outro lado, o art. 2º do Regulamento anteriormente citado (Dec. nº 3.555/2000) também apresentou conceituação:

Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais.

1.12.6.2 Definição de bens e serviços comuns

A Lei supramencionada define como bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único). Aliás, a lei copiou a medida provisória que, por sua vez, copiou o art. 8º do Regulamento de Contratações da ANATEL.

Para MEIRELLES, o “conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor, todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara”, como apregoa o art. 40, I, do estatuto licitatório (2015, p. 388). No mesmo tom é o pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO, que diz que “mesmo quando se licitar um bem ou serviço

‘incomum’, especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação” (2001, p. 19).

Na verdade, o que “caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”, diz MEIRELLES (2015, p. 388).

É preciso atentar para a “utilização de especificações usuais no mercado, observada a normatização técnica estabelecida pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, face ao disposto na Lei nº 4.150, de 21 de novembro de 1962”, conforme salienta BENEDICTO DE TOLOSA FILHO (2003, p. 5).

Os serviços de engenharia e todos os outros serviços que devem ser objeto de licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço estão afastados dessa nova modalidade, que leva em consideração o fator preço, e não o técnico.

1.12.6.4 Principais características do pregão (conforme Lei nº 10.520/2002)

I – Fase preparatória (art. 3º);

II – Fase externa (art. 4º);

III – Vedações (art. 5º);

IV – Prazo de validade da proposta (art. 6º);

V – Aplicação de sanção (art. 7º);

VI – Controle dos atos (art. 8º);

VII – Aplicação das normas da Lei nº 8.666/93 (art. 9º).

1.12.6.5 Pregão eletrônico

Diferentemente do pregão comum ou presencial, “o pregão eletrônico tem seus atos praticados num ambiente virtual, com a utilização dos recursos da tecnologia de informação, através da rede mundial de computadores (internet)”, como preleciona SIDNEY BITTENCOURT (2003, p. 18-19).

O pregão eletrônico não é novidade no Brasil e no mundo, ao menos em termos de utilização pela iniciativa privada. Muitas empresas multinacionais já faziam uso dessa ferramenta. Segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, “o sistema de compras oficiais por meio de pregão eletrônico, em vigor há dois anos [o texto refere-se ao início do uso dessa modalidade, em 2001], já rendeu uma economia de R\$ 500 milhões ao governo federal”, que representa uma economia média de 25% sobre gastos de R\$ 2 bilhões em compras (BITTENCOURT, 2003, p. 19).

É evidente que a economia acima apontada vem continuando de forma crescente, inclusive nas esferas estadual e municipal.

Esta modalidade de pregão estava prevista no art. 2º da Medida Provisória que instituiu o *pregão* e foi repetida, injustificadamente, pelo art. 30, § 1º, do Decreto nº 3.555/2000, tendo sido regulamentado, especificamente, pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000.

A Lei nº 10.520/2002, no § 1º, do art. 2º, consagrou esta espécie de pregão, estendendo-a a todos os entes federados, e o mesmo passou a ser regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31.05.2005, revogando expressamente o Decreto nº 3.697/2000. Esta é, portanto, nos dias atuais, a legislação que versa sobre este tipo de pregão.

1.12.6.5.1 Da obrigatoriedade

O procedimento do pregão deve ser seguido por entidades públicas e por entidades privadas, quando as contratações forem realizadas com recursos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos afins, ou, ainda, consórcios públicos. Alcança, igualmente, as Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/1999). Quando não for possível realizar pregão eletrônico, deve-se apresentar a devida justificção perante os órgãos de controle federais.

1.12.6.5.2 Do procedimento pela Internet

Falando sobre o pregão eletrônico afirma BOSELLI, anteriormente citado, que o mesmo “caracteriza-se pelo procedimento do certame que é todo feito por meio da Internet, utilizando de criptografia e de autenticação que garantem condições adequadas de segurança em todas as etapas, sem que as licitantes precisem comparecer à sessão para participar do pregão eletrônico” (2002, p. 130).

1.12.6.5.3 Do procedimento perante o provedor

No pregão eletrônico “serão previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio, os operadores do sistema e as licitantes que participam do pregão eletrônico”. O referido credenciamento “dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico” (BOSELLI, 2002, p. 130-131).

1.12.6.5.4 Trâmites sequenciais

Para participar dos pregões eletrônicos promovidos por quaisquer esferas governamentais, a interessada, após registrar-se no sistema por meio do site específico para tal disponibilizado, com seu *login* e senha, deve buscar e encontrar um pregão eletrônico de seu interesse e apresentar sua proposta até a data determinada no edital. A seguir, na “hora marcada para o certame, a licitante deverá estar conectada para acompanhar o desenrolar do certame e fazer os novos lances, se for o caso” (BOSELLI, 2002, p. 131).

Quando se trata de pregão eletrônico, a tramitação do processo, incluindo a interposição de recurso, ocorre pela Internet, através de comandos próprios do sistema, sem a interrupção do processo.

A licitante vencedora deverá, ao término da sessão, enviar todos os documentos exigidos no edital, por fax, ou por meio eletrônico, e depois encaminhar os originais. “Essa característica retira das concorrentes a possibilidade de verificar, de pronto, a documentação apresentada pela licitante vencedora”, como lembra BOSELLI (2002, p. 131). Alguns entendem que se trata de uma falha do processo.

Na esfera federal, as licitantes deverão estar obrigatoriamente cadastradas no SICAF (Sistema de Cadastro de Fornecedores) e devem registrar-se no sistema por intermédio do site www.comprasnet.gov.br. Nesse site, o Ministério do Planejamento desenvolveu um guia detalhado para explicar os passos dessa forma de licitação, com ilustrações e comentários elucidativos das telas que aparecem no sistema. O guia, claro, objetiva facilitar entendimento aos usuários do sistema.

1.12.6.5.5 Principais características (conforme Decreto nº 5.450/2005)

I – Disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns, feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet (art. 2º);

II – Credenciamento prévio perante o provedor do sistema eletrônico da autoridade competente do órgão promotor da licitação, do pregoeiro, dos membros da equipe de apoio e dos licitantes que participam do pregão na forma eletrônica (art. 3º);

III – Obrigatoriedade e preferência (art. 4º);

IV – Princípios regentes (art. 5º);

V – Casos em que não se aplica (art. 6º);

VI – Caracterização de direito público subjetivo (art. 7º);

VII – Atribuições da autoridade competente (art. 8º);

VIII – Procedimento na fase preparatória (art. 9º);

IX – Sobre quem recaem as designações do pregoeiro e da equipe de apoio (art. 10);

X – Competências especiais do pregoeiro (art. 11);

XI – Direitos e obrigações dos licitantes (art. 13);

XII – Documentação exigida dos licitantes (arts. 14, 15 e 16);

XIII – Procedimento na fase externa (art. 17);

XIV – Impugnação do ato convocatório do pregão (art. 18);

XV – Pedidos de esclarecimentos (art. 19);

XVI – Modificações no edital (art. 20);

XVII – Encaminhamento de propostas (art. 21);

XVIII – Abertura da sessão pública na internet (art. 22);

XIX – Classificação das propostas (art. 23);

- XX – Início da fase competitiva (art. 24);
- XXI – Exame da proposta classificada em 1º lugar (art. 25);
- XXII – Declaração do vencedor (art. 26);
- XXIII – Adjudicação e homologação (art. 27);
- XXIV – Impedimento de participar de licitação (art. 28);
- XXV – Casos de revogação e de anulação (art. 29);
- XXVI – Instrução do processo licitatório (art. 30).

1.13 Julgamento das propostas

É o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se as propostas pela ordem de preferência e escolhe-se o vencedor (art. 43, V), que terá a si adjudicado o objeto da licitação. Trata-se de ato público, devendo ser lavrada a competente ata (art. 43, § 1º). O julgamento é ato vinculado, pois deve ser feito em conformidade com a lei e o edital. As propostas devem ser rubricadas pelos licitantes presentes e pela Comissão (art. 43, § 2º). O julgamento poderá ser feito reservadamente, em outro local e data, pois é preciso que os julgadores possam trabalhar com tranquilidade no exame das propostas. Admite-se baixar diligências (art. 43, § 3º).

1.13.1 Desclassificação das propostas

As propostas poderão ser desclassificadas desde que não atendam as disposições do edital ou do convite, ou, ainda, por sua manifesta inexecutabilidade (art. 43, IV, c/c art. 48, I e II). As propostas devem atender as disposições contidas no instrumento convocatório, no que concerne à *forma de apresentação*, que deve atender aos requisitos estabelecidos, e ao *conteúdo da oferta*, que devem se ater aos limites fixados.

MEIRELLES aponta a tendência atual de aceitação de uma faixa de admissibilidade de erro de cálculo, nas propostas:

Modernamente as Administrações vêm consignando no edital uma faixa de admissibilidade de erro de cálculo dentro da qual não se desclassifica a proposta, devendo a Comissão de Julgamento retificá-la e considerar o valor exato. Essa faixa tem sido fixada em até 0,1% da estimativa oficial, evitando-se, assim, injustas desclassificações por insignificantes erros de cálculo (2015, p. 344).

Deve-se atentar para o disposto no art. 48, § 3º, que trata do prazo que poderá ser concedido no caso de desclassificação de todas as propostas.

1.13.2 Classificação das propostas

Trata-se da ordenação das propostas pelas conveniências que apresentam para o serviço público, colocando-se em primeiro lugar a *mais vantajosa*, nos termos do edital (art. 43, V). Mas se tiver apenas uma proposta deve ser classificada? Atentemos para o que diz a esse respeito BANDEIRA DE MELLO:

Simetricamente às hipóteses de comparecimento de um único licitante ou de haver um único habilitado, se, por desclassificação das propostas, restar uma única em condições de ser admitida, o julgamento far-se-á normalmente (2015, p. 622).

Há quem possa ter entendimento diverso, mas é preferível o que preleciona o autor citado.

Por *proposta mais vantajosa* entende MEIRELLES ser “a que melhor atende ao interesse da Administração, aquela que melhor servir aos objetivos da licitação, dentro do critério de julgamento estabelecido no edital ou convite” (2015, p. 345).

1.13.3 Tipos de licitação

As vantagens da proposta deverão ser aferidas em cada licitação de acordo com “o fator ou fatores predominantes indicados no edital”, na forma dos “fins almejados pela Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 345). A fixação prévia do critério de julgamento é imposição legal (art. 40, VII), visando a atender ao princípio do julgamento objetivo.

Em algumas licitações prevalece o interesse econômico, enquanto noutras predomina o técnico, e, noutras mais, tem-se a conjugação de técnica e preço. Daí resulta quatro tipos básicos de licitação (art. 45, § 1º):

I – Menor preço (I, c/c § 3º)

É o tipo de licitação comum, usada na contratação de obras simples, de serviços não especializados, na compra de materiais ou gêneros padronizados; nesses casos a Administração tem em vista apenas a vantagem econômica, por ínfima que seja. Mas o que é vantagem econômica? ANDRÉIA LOPES DE OLIVEIRA FERREIRA salienta, com absoluta razão, que na “licitação pelo menor preço, este é o fator decisivo

para o julgamento, mas nem sempre o menor preço – o de menor custo para a Administração – é o menor em números absolutos”.

Acrescenta a autora citada:

Explica-se. A orientação moderna é no sentido de que o preço seja apreciado pela Administração levando-se em conta o custo-benefício social, assim considerado o preço do objeto e sua capacidade de atendimento às necessidades dos destinatários.

A melhor proposta é aquela que melhor atende ao interesse público, a mais adequada ao pretendido pela Administração ao realizar o certame, que implique o menor desembolso de recursos e com as melhores condições possíveis.

No julgamento das propostas pelo menor preço, a Administração deve levar em conta todos os elementos que identifiquem o preço real do objeto, tais como prazo para pagamento, descontos, carências, juros e impostos, mas avaliando o preço sempre em estrita conformidade com o pedido no ato convocatório. O menor preço deve ser apurado em função do custo, unitário ou global, não envolvendo apenas valores absolutos.

Assim, na licitação de menor preço, a regra é a aceitação da proposta mais barata, considerada esta como a que oferece preço realmente mais vantajoso para a Administração, tendo custo menor, computando-se as vantagens oferecidas, incluindo-se aí qualidade, durabilidade, rendimento, segurança, não sendo necessariamente a que apresenta o menor preço em números absolutos.

Em tais casos, considera-se como melhor preço o que traduz o valor real mais baixo, o de custo menor, mesmo que esteja contido em números mais elevados nominalmente.

A aceitação de uma proposta de menor preço em números absolutos dispensa a justificação da escolha por parte da Administração, ao passo que é obrigatória a justificação de aceitação de proposta de maior preço em números absolutos, mas mais vantajosa para a Administração, em razão de vantagens mensuráveis economicamente e calculadas no julgamento [vide art. 3º] (*Apud* VERRI JR., 1999, p. 33-34).

Não custa lembrar que as compras, sempre que possível, devem ser realizadas pelo sistema de registro de preços, conforme dispõe o art. 15, II, conforme vimos anteriormente (**Vide item 1.6**).

II – Melhor técnica (II, c/c art. 46, § 1º, I e seguintes)

Nesse tipo de licitação o que se busca é “a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo”. Logo, em decorrência desses objetivos, “é lícito à Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre se pode obter a *melhor técnica pelo menor preço*”. Assim, vencerá o proponente “que apresentar a *melhor técnica*, dentro das especificações e do *preço* negociado pela Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 345).

Na licitação do tipo melhor técnica são utilizados três envelopes: um para a documentação, outro para a proposta técnica e o terceiro para a proposta econômica.

Examinam-se primeiramente as propostas técnicas e, a seguir, abrem-se os envelopes das propostas de preços e condições de pagamento, passando a Administração a *negociar* o preço com o *primeiro colocado*, tendo em vista o menor preço oferecido, se, por ventura, não for o dele. Não logrando êxito, a negociação passa para o segundo colocado, e assim por diante.

III – Técnica e preço (III, c/c § 4º e art. 46, § 2º)

Dá-se a combinação desses “dois fatores para a escolha final da proposta que apresente *técnica satisfatória e preço mais vantajoso*”. Do mesmo modo que no tipo anterior, devem ser usados três envelopes (documentação, proposta técnica e preço). Selecionadas as propostas com *técnicas satisfatórias*, abrem-se os envelopes contendo os *preços*.

A classificação será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os critérios previstos no edital. MEIRELLES recorda que no estatuto anterior (DL nº 2.300/1986) “vencia o proponente que ofertasse o menor preço”. Ele lamenta a mudança de critério, com o seguinte argumento:

Se, na licitação de *melhor técnica*, a lei determina que se negocie com o primeiro colocado com base no menor preço oferecido pelas demais classificadas, não se compreende que, na licitação de *técnica e preço*, não vença o proponente do menor preço, já que todos os licitantes que passaram por essa terceira fase são considerados capazes de atender ao objeto do certame. O critério de média ponderada nas notas de técnica e preço pode dar margem a distorções indesejáveis (2015, p. 346).

Anote-se que os tipos de licitação de melhor técnica e técnica e preço são utilizados na forma do que dispõe o art. 46, e § 3º.

IV – Maior lance ou oferta (inciso IV)

É o tipo utilizado nos casos de alienação de bens (leilão) ou concessão de direito real de uso (concorrência). O *lance*, usado nos leilões, é *aberto*, enquanto a *oferta*, usada nas licitações para a concessão ou permissão, é *fechada*.

1.13.4 Fixação de critérios para o julgamento das propostas (art. 44)

A fixação de critérios para o julgamento das propostas varia de licitação para licitação. Nesta poderá ser a qualidade, naquela, o rendimento, naquela outra, a combinação de dois ou mais fatores, ou, ainda, o menor prazo na execução do objeto ou o menor preço. A Administração tem o poder de fazer a escolha do critério, desde que afaste ao máximo o subjetivismo da decisão, por meio de bases seguras para o julgamento, apontando o fator ou fatores preponderantes. Não se admite favoritismo, ou a ausência de critério.

A Lei das Licitações e Contratos Administrativos impõe que no julgamento seja observado o seguinte:

- a obrigatoriedade da indicação de um critério de julgamento;
- o atendimento do interesse público;
- a existência de fator ou fatores a serem necessariamente considerados e justificados no julgamento das propostas.

Para MEIRELLES, os “fatores que, na fixação do *critério de julgamento* das propostas, podem ser levados em conta, no *interesse do serviço público*, são: *qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital*” (2015, p. 347).

A lei anterior continha dispositivo (art. 36) que explicitava os fatores que a Comissão julgadora deveria seguir. A lei atual não o faz. Diz tão somente que o edital ou convite deve definir os critérios, e estes não podem contrariar as normas e princípios estabelecidos na lei, proibindo-se, por conseguinte, o uso de qualquer critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado (art. 44 e § 1º).

Por oportuno, e sob o aspecto didático, apresentamos os fatores de qualidade, rendimento e preço que MEIRELLES definiu em sua obra, e que vem sendo mantidos pelos atualizadores.

Sobre a qualidade, diz:

Qualidade é a aptidão do objeto para a satisfação de seus fins. Pode ser superior, média ou inferior, mas o que interessa na licitação é a aptidão do objeto para sua destinação específica, ou seja, para realizar a finalidade pretendida pela Administração. É desse ponto de vista que se há de considerar o *fator qualidade* em cada licitação, pois em certos casos é imprescindível a qualidade superior

(equipamento de alta precisão, p. ex.), noutros, a qualidade média é satisfatória (tijolos para uma construção comum), e, em determinadas hipóteses a qualidade inferior atende plenamente aos objetivos do serviço público (madeira para a construção de um cercado temporário). Diante dessa realidade, pode a Administração pedir a *qualidade* desejada e dar a esse fator, para critério de julgamento, o *peso* que reputar conveniente.

[...]

Observe-se, ainda, que, para fins de licitação, a *qualidade* compreende a *segurança*, a *confiabilidade* e a *durabilidade* do objeto solicitado (2015, p. 347-348).

E acerca do rendimento, diz o autor:

Rendimento, para fins de licitação, é *produtividade*. O seu conceito é o mais amplo possível, abrangendo a capacidade, a potência, a dimensão, a operatividade, a manutenção, a eficiência e demais elementos de que depende a *produtividade*. Na realização das licitações o que se procura, em última análise, é *essa produtividade*, que se traduz na *utilidade*. Daí por que não se admite que, em qualquer licitação, se despreze o *fator rendimento*, que é sempre relevante, pois a *produtividade* ou *utilidade* é essencial em todo negócio administrativo (2015, p. 349).

MEIRELLES aduz sobre o preço:

Preço é a contraprestação pecuniária do objeto da licitação. Pode ser global ou unitário, fixo ou reajustável, único ou com aditamento de parcelas variáveis, tudo dependendo do que constar do instrumento convocatório da licitação.

A regra é a aceitação do *menor preço*; a exceção é a escolha de proposta de preço mais elevado. Portanto, quando se aceita a proposta mais barata não há necessidade de justificação da escolha; quando se prefere outra proposta que não a de menor preço torna-se *obrigatória* a justificação escrita dessa preferência [...].

Resumindo, é lícito à Administração solicitar prazo para pagamento, carência e outras vantagens relacionadas com o preço, as quais serão consideradas no julgamento, desde que o edital ou convite as tenham admitido expressamente ou estejam implícitas nas suas condições. Em muitos casos o “caderno de encargos” ou regulamento geral das licitações de determinada unidade administrativa já consigna as condições para licitar e indica as vantagens admissíveis nas propostas, o que evita sua reprodução no instrumento convocatório. Mas é necessário que este mencione claramente que a licitação se processará com observância daqueles textos normativos, para evitar dúvidas prejudiciais aos licitantes, que poderão ensejar a nulidade do edital, do julgamento ou de todo o procedimento.

O que não se pode é considerar vantagem não pedida nem admitida na licitação, pois isso, constituindo surpresa para os demais licitantes, tiraria o caráter igualitário do certame. É também inaceitável a vantagem ou preço baseado nas propostas dos demais licitantes (2015, p. 349).

E o mestre arremata:

Na *apreciação do preço* deverão ser considerados todos os fatores e circunstâncias que acarretem sua redução ou aumento, tais como modo e prazos de pagamento, financiamento, descontos, carências, juros, impostos e outros de repercussões econômicas efetivas e mensuráveis, pois é do confronto dessas vantagens e desvantagens que se extrai o *menor preço* e se conhece a *proposta mais barata*. O essencial é a previsão, explícita ou implícita, desses fatores e a possibilidade de sua quantificação para a demonstração matemática das vantagens ou desvantagens por eles traduzidas (2015, p. 349-350).

1.13.4.1 Apreciação sobre a qualidade em geral

Um dos entraves recorrentes nas licitações do tipo menor preço tem sido a má qualidade de certos produtos adquiridos por este critério. O menor preço nem sempre se traduz como uma vantagem para a Administração. Parece-nos elucidativa a lição de BITTENCOURT:

No âmbito das licitações há um prolapado comentário que dá ao Estatuto (Lei nº 8.666/93) a pecha de grande vilão das contratações públicas, de vez que, pelo que se fala, seus termos, de má técnica, obrigam a Administração a comprar sempre produtos de baixa qualidade, em função da regra geral determinar a aquisição pelo menor preço. Por via de consequência, haveria um agravamento nessa situação com a adoção do SRP, em face de se tratar de uma forma especial de licitação objetivando adquirir/contratar produtos e serviços corriqueiros. É de se ressaltar, entretanto, com veemência, que essa reiterada máxima não passa – ao menos nesse aspecto – de um enorme equívoco, considerando, principalmente, três fatores importantes, como bem delineou *Ulisses Jacoby*: a ausência de treinamento dos servidores responsáveis pela aplicação das normas; a não compreensão, por parte dos aplicadores, das decisões das cortes de contas e dos demais órgãos de controle, em face de tais decisões, por diversos fatores, não alcançarem o caráter pedagógico pretendido; e da fugidia ideia de que comprar pelo menor preço é comprar qualquer coisa, aceitar qualquer produto, uma vez que vários dispositivos da Lei nº 8.666/93 apontam linhas de ação da atuação do agente público que permitem a indicação da qualidade do produto (2003, p. 27-28).

A partir do trabalho de JACOBY, BITTENCOURT relaciona os diversos dispositivos licitatórios que aludem à qualidade (2003, p. 28-30):

I – No caso de serviços, a qualidade pode ser licitamente indicada no projeto básico, ao definir, com precisão, o objeto pretendido pela Administração, desde que justificada à luz do interesse público. O conceito de projeto básico está no art. 6º, inciso IX; a obrigatoriedade de sua elaboração antes da licitação é exigida no art. 7º, § 2º, I; a obrigatoriedade de publicar o projeto básico junto com o edital está no art. 40, § 2º, I, todos da lei licitatória.

II – A qualidade do trabalho executado deve ser aferida em cada etapa, como providência indispensável ao início da etapa seguinte, nos termos do art. 7º, § 1º.

III – A qualidade do produto, a indicação de marcas ou características exclusivas ou sem similaridade é expressamente admitida, quando for tecnicamente justificável, por exceção à regra geral, conforme art. 7º, § 5º.

IV – A qualidade é um dos requisitos na elaboração de projetos, expressamente traduzida em durabilidade, facilidade na execução, conservação e operação, funcionalidade, adequação ao interesse público e segurança, nos termos do art. 12, incisos I, II e V.

V – A qualidade na fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços foi objeto de preocupações do legislador quando autorizou a realização de concurso para assistência do executor do contrato, conforme art. 13, inciso IV, c/c art. 67.

VI – A qualidade de uma compra é garantida quando o legislador exige “a adequada caracterização do objeto”, na forma do art. 14.

VII – A qualidade foi traduzida nas expressões “compatibilidade de especificação técnica e de desempenho”, estabelecida no art. 15, inciso I.

VIII – A qualidade é assegurada quando o legislador exige “a especificação completa do bem”, no art. 15, § 7º, inciso I.

IX – A manutenção da qualidade foi objeto de expressa disposição, quando foi determinado que se observassem as condições de guarda e armazenamento que não permitissem a deterioração do material, na redação do art. 15, § 7º, inciso III.

X – A qualidade dos bens adquiridos foi objeto de preocupação, no momento do recebimento, quando o legislador instituiu a comissão de recebimento nos termos do art. 15, § 8º.

XI – A qualidade foi assegurada também quando se permite exigir do licitante a qualificação técnica para a execução do objeto, no art. 30.

XII – A qualidade na execução do objeto também foi assegurada com a possibilidade de a Administração indicar a relação de máquinas, equipamentos e pessoal técnico, considerados essenciais para cumprimento da obrigação, na forma do art. 30, § 5º.

XIII – A qualidade foi traduzida como a possibilidade de exigir dos licitantes a metodologia da execução, que pode ser avaliada pela Administração, na fase da habilitação, nos termos do art. 30, § 8º.

XIV – A qualidade na execução de determinado objeto deve ser anotada no registro cadastral, para referência nas futuras contratações, como manda o art. 36, § 2º.

XV – A qualidade exigida no edital, se desatendida na proposta do licitante, implica a desclassificação desta, pelo que se depreende do art. 43, inciso IV, c/c art. 48, inciso I.

XVI – A verificação da qualidade do objeto pode ser motivo de diligência da comissão de licitação, na forma do art. 43, § 3º.

XVII – A qualidade pode ser licitamente indicada, quando aferível por critérios objetivos e respeito ao princípio da igualdade, nos termos do art. 44, § 1º.

XVIII – A qualidade do objeto pretendido pode vir, até, a justificar a utilização de outro tipo de licitação, como “técnica e preço” ou “melhor técnica”, como dispõe o art. 4º, § 1º, e 46.

XIX – A qualidade na execução do objeto é garantida pelo dever da Administração de designar “especialmente” para cada caso um fiscal executor, necessariamente entre os agentes da Administração na forma do art. 67.

XX – A qualidade, no recebimento do objeto, está assegurada pelos procedimentos específicos do art. 73.

1.13.5 Divisibilidade do julgamento

É possível dividir o julgamento “desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos e a proposta possa ser aceita por partes, caracterizando objeto divisível”, como sustenta, com acerto, MEIRELLES. E complementa, dizendo que nesse caso, “a adjudicação ou a homologação e a anulação do julgamento podem ser parciais, mantendo-se o que está correto e invalidando-se apenas o que está irregular ou ilegal” (2015, p. 350-351).

1.13.6 Empate nas propostas

Se houver empate nas propostas decidir-se-á por *sorteio*, vedado qualquer outro processo de desempate, salvo a preferência assegurada pelo art. 3º, § 2º, incisos II, III e IV, com a redação da Lei nº 12.349/2010, que revogou o inciso I, combinado com o art. 45, § 2º.

Sobre a capacitação e a competitividade do setor de tecnologia de informação há de se verificar o art. 3º da Lei 8.248/91, com a redação da lei 10.716/2001.

Do julgamento das propostas caberá o recurso previsto no art. 109, I, “b”. **Vide item 1.18.**

1.14 Homologação e adjudicação

A homologação e a adjudicação são atos de competência da autoridade superior (art. 43, VI), hierarquicamente superior à Comissão Julgadora, e, geralmente, é aquela que determinou a abertura da licitação, mas pode ser outra que o edital indicar.

I – Homologação

Segundo MEIRELLES, “é o ato de controle pelo qual a autoridade competente a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento confirma a classificação das propostas e adjudica o objeto da licitação ao proponente vencedor”, na forma do art. 43, VI (2015, p. 351).

Quem é a autoridade competente para tal? GASPARINI preleciona, com razão, que essa autoridade é “superior à comissão de licitação”. E mais: “A autoridade competente para homologar é a indicada em lei ou regulamento”. Algumas leis ou regulamentos estaduais ou municipais o fazem. Contudo, se a lei ou o regulamento não o fizer, tem-se que a autoridade competente é, normalmente, “a autoridade que autorizou a abertura da licitação” (2009, p. 628).

A respeito da homologação, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO afiança:

É a homologação a fase final do procedimento licitatório. A autoridade competente, por meio da homologação, deverá ratificar a validade do ato trazido a controle.

A homologação caracteriza-se por ser controle apenas da legalidade do ato, no caso do procedimento. Isto é, há confronto entre o conteúdo dos atos, a forma, com o prescrito na norma geral. Tal controle é característico das desconcentrações administrativas e, eventualmente, da descentralização.

No ato administrativo deve-se distinguir perfeição de eficácia. É perfeito o ato que já completou seu ciclo de formação, embora, muita vez, padeça da falta de eficácia. A eficácia, entretanto, dá ao ato a possibilidade de produção dos efeitos típicos – vale dizer, daqueles efeitos a que o ato se preordena.

Na verdade, é o poder controlador, por meio da fase integrativa, que confere eficácia ao ato controlado.

[...]

A homologação ou aprovação é condição de eficácia dos atos que devem ser submetidos a controle (2006, p. 514-515).

A mestra em foco parece divergir dos autores antes citados, quanto à autoridade competente para homologar. Diz:

Revela, ainda, mais uma vez enfatizar que a decisão é competência das Comissões de Julgamento. Assim, à autoridade superior, que constituiu a Comissão com função específica de proceder e julgar a licitação, nada mais compete além do *controle da legalidade do procedimento* (2006, p. 515).

Ora, deve-se entender que a ilustre administrativista está afirmando que a decisão de julgar é da Comissão, e de mais ninguém. O ato homologatório é, tão somente, ato de *controle da legalidade* do que foi feito pela Comissão. Vale dizer, do procedimento realizado. A esse respeito, LÚCIA FIGUEIREDO complementa que não endossa, “por conseguinte, a opinião dos que veem, no ato integrativo, *controle de mérito*”, pois “existem atribuições próprias, que foram desenvolvidas pela Comissão e devem ser respeitadas” (2006, p. 515). Parece-nos acertado o pensamento da ilustre administrativista.

II – Adjudicação

LÚCIA FIGUEIREDO explica que adjudicação “vem da forma latina *ad judicare*, por sua vez de *jus dicere*, dizer o direito. Conseqüentemente, em face da etimologia da palavra, podemos concluir que o ato de adjudicar se traduz em ‘dizer o direito’ – no caso em tela – em favor de alguém” (2006, p. 512).

Na opinião de DI PIETRO, “é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação” (2015, p. 468). GASPARINI confirma essa posição, dizendo: “O que se adjudica ao vencedor é o objeto da licitação, não o contrato” (2009, p. 629). A consequência da adjudicação é o direito conferido ao licitante vencedor de celebrar o respectivo contrato, como observa MEIRELLES (2015, p. 352). Afinal, realiza-se o certame com vistas à celebração do contrato, para o qual o vencedor é convocado pela Administração promotora da licitação, justamente por meio da adjudicação.

Diz BANDEIRA DE MELLO que à “homologação segue-se a adjudicação, que é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame” (2015, p. 624).

É oportuno chamar a atenção para o fato de que o art. 38, VII, apresenta a sequência adjudicação - homologação, que, todavia, não deve ser levada em consideração, na compreensão de alguns doutrinadores, pois que deve se tratar de resquício do estatuto licitatório anterior.

A sequência a ser seguida é a do art. 43, VI, ou seja, homologação-adjudicação, que cuida dos procedimentos a serem observados, como explicita GASPARINI (2009, p. 628). Tem-se em vista uma perspectiva formal, que, inclusive, tem gerado divergências doutrinárias. Mas tais divergências são próprias do Direito, que é uma ciência social, ou seja, não é uma ciência exata, de conceitos definidos. Aliás, como teria dito Péricles, na Grécia Clássica, da discussão nasce a luz.

TOSHIO MUKAI, por exemplo, apega-se ao Decreto-Lei nº 2.300/1986 (adjudicação-homologação), lembrando, inclusive a posição de MEIRELLES, daquela época, alterada pelos atualizadores de sua obra, dada a inversão prevista na Lei nº 8.666/1993, como está dito acima (art. 43, VI). Diz MUKAI:

Destarte, não há dúvida de que o inciso VII do art. 38 acolhe o entendimento da melhor doutrina, fazendo com que a adjudicação seja um ato condicionado à sua homologação.

Portanto, nenhuma razão assiste àqueles que entendem de dar prevalência (gramatical, inclusive) ao disposto no art. 43, VI, da Lei n. 8.666/93, que dentre os procedimentos da licitação, aponta a ‘deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação’.

Assim, se dermos prevalência à interpretação literal e isolada desse texto, inclusive no sentido de que haja uma ordem cronológica dos atos, estaremos simplesmente fraudando a lei, no seu art. 38, VII, uma vez que, então, a adjudicação seria posterior à homologação e ficaria sem aprovação (pela homologação), o que é da natureza da própria definição de adjudicação.

Violado ficaria, assim, o inciso VII do art. 38 da Lei n. 8.666/93, que deixa bem claro: primeiro, que a adjudicação é anterior à homologação; segundo, que a adjudicação é feita por autoridade inferior à que a homologa (portanto, pela comissão de licitação).

Essa violação é inconcebível, pois é vedado ao intérprete, defrontando-se com duas disposições aparentemente conflitantes, chegar a um resultado exegético que violente um dos dois. Ao intérprete, nessa situação, cabe harmonizar os conflitos.

E, no caso, para isso, só resta dar prevalência ao inciso VII do art. 38, uma vez que o inciso do art. 43 admite uma interpretação que não fixe obrigatoriamente

uma ordem cronológica entre ‘homologação’ e ‘adjudicação’, pois a expressão ‘quanto a’ retira do texto essa obrigatoriedade cronológica.

Assim, é perfeitamente possível dar ao inciso VI do art. 43 a seguinte inteligência: ali está dito que a autoridade competente, recebendo o processo, irá deliberar se homologa ou não o procedimento licitatório, inclusive a adjudicação (‘quanto a’).

Dessa forma, harmonizadas as interpretações dos dois textos, resta claro que o assunto segue tratado da forma como sempre foi, pela doutrina, pelo Decreto-Lei 2.300/86 e pela prática administrativa: à comissão de licitação compete adjudicar o objeto da licitação, e à autoridade superior compete homologar ou não o procedimento, inclusive a adjudicação (1998, p. 61).

Novamente, trazemos à luz a lição de LÚCIA FIGUEIREDO:

Queremos deixar claro, a fim de evitar equívoco: ao falarmos em adjudicação estaremos utilizando o vocábulo no sentido de atribuição do objeto imediato da licitação, ou seja, na acepção de que, por meio da adjudicação, constitui-se alguém na qualidade de proponente único da Administração.

Adjudicação é palavra polissêmica. No Decreto-lei 2.300/1986 não havia dúvida de que a competência para adjudicar era da Comissão de Licitação. Todavia, a Lei 8.666/1993 trouxe alguns problemas pela redação dada aos arts. 38, inciso VII, e 43, incisos V e VI [...].

Verifica-se que, no inciso V do art. 43, fala-se no ‘julgamento e classificação das propostas’ (atividade da Comissão), e no inciso VI, ‘deliberação da autoridade competente quanto à homologação e *adjudicação* do objeto da licitação’.

Ainda, relacionando-se com o art. 38, inciso VII – ‘atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação’ –, verificamos que se trata de duas situações.

Na primeira temos a adjudicação da Comissão, é dizer, o julgamento da Comissão, quanto ao resultado, ao licitante vencedor (arts. 38, inciso VII, e 43, inciso V).

Na segunda, no art. 43, inciso VI, temos a competência da autoridade superior; e, aqui, se trata da adjudicação do contrato, pois o termo precede à homologação, já de competência da mesma autoridade (2006, p. 512-513).

Adiante, referindo-se à obrigatoriedade da adjudicação, diz a mencionada mestra:

Portanto, partindo do objeto imediato da licitação, podemos dizer que a adjudicação é obrigatória. Todavia, esta nossa afirmação não implica se deva inferir entendermos que a Administração seja obrigada a contratar.

Após a adjudicação tem a Administração as seguintes opções. Poderá a Administração: 1) *homologar* a licitação, dando, destarte, eficácia ao ato adjudicatório; 2) *anular* a licitação, por ter havido vício insanável em seu procedimento; 3) *revogar* a licitação, por ser inconveniente ou inoportuna a contratação.

A Comissão, ao adjudicar, apenas formaliza o julgamento, emite provimento administrativo ao declarar que o licitante ‘X’, ganhador da licitação, constitui-se na situação de proponente único perante ela (2006, p. 513).

Ora, vê-se, com cuidado, que não há necessidade de levantar conflito ou divergência quanto a quem compete adjudicar. A adjudicação da Comissão referida por LÚCIA FIGUEIREDO significa o “*juízo da Comissão, quanto ao resultado*”, enquanto a adjudicação de competência da autoridade superior diz respeito à “*adjudicação do contrato*”, como foi dito anteriormente. De outra maneira não entendemos a posição da ilustre publicista.

GASPARINI diz que “não se deve levar em consideração a sequência adjudicação-homologação apresentada pelo inciso VII do art. 38 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, pois esse dispositivo não cuida de procedimento licitatório” (2009, p. 629). Está correto.

De qualquer forma, não será custoso adicionar a lição de CARVALHO FILHO:

Consequência jurídica da homologação é a *adjudicação*, que espelha o ato pelo qual a Administração, através da autoridade competente, atribui ao vencedor do certame a atividade (obra, serviço ou compra) que constitui o objeto da futura contratação. Anteriormente, considerava-se adjudicação o ato de resultado final emanado da Comissão de Licitação, antecedendo, portanto, à homologação. A lei vigente, no entanto, deixou claro que a adjudicação não integra o procedimento licitatório e é posterior ao ato de homologação. Em dois momentos transparece tal situação: 1º) o art. 6º, inciso XVI, do Estatuto, não incluiu a adjudicação na competência da Comissão de Licitação; 2º) o art. 43, VI, estatui que é função da autoridade competente deliberar quanto à homologação e à adjudicação do objeto da licitação (2015, p. 302).

Mas, terá mesmo o adjudicatário direito ao contrato? Novamente, CARVALHO FILHO explica:

Uma vez homologados o resultado e a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada. Desse modo, é correto considerar-se que o vencedor tem inafastável direito à adjudicação e, conseqüentemente, *ao próprio contrato*. Há quem resista em admitir que o vencedor tenha direito ao contrato. Não pensamos, assim, contudo. Se toda a licitação e o resultado final foram homologados, a Administração está vinculada à prática da adjudicação e à celebração do negócio contratual (2015, p. 302-303).

ADILSON DALLARI chega à seguinte constatação:

O adjudicatário não tem direito ao contrato, mas apenas o direito de não ser preterido e, além disso, de exigir da Administração a integração do procedimento licitatório (2006, p. 182).

Já GASPARINI, discorrendo sobre os efeitos jurídicos da adjudicação, diz que um desses efeitos é a “aquisição pelo vencedor do certame, do direito de contratar com a pessoa licitante, se houver contratação” (2009, p. 629).

Sim. O licitante vencedor tem direito à contratação se esta vier a se confirmar, pois ele não pode, legalmente, ser substituído por outro licitante, ou, seja lá por quem for. Ponto final.

1.15 Regime diferenciado de contratações públicas (RDC)

Há de se observar algumas particularidades em relação ao procedimento geral previsto na Lei nº 8.666/1993, no que se refere ao procedimento licitatório estabelecido pela Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), direcionado às obras para a Copa das Confederações de 2013, para a Copa do Mundo de 2014, para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes das competições acima referidas. Além disso, aproveitam às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (com a redação da Lei nº 12.688/2012), para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público (com a redação da Lei nº 12.722/2012) e do Sistema Único de Saúde –SUS (com a redação da Lei nº 12.462/2011).

O procedimento específico de que se fala apresenta as seguintes fases: a) preparatória; b) publicação do instrumento convocatório; c) apresentação de propostas ou lances; d) julgamento; e) habilitação; f) recursal; g) encerramento, conforme previsão do art. 12.

A par da tendência que vem se verificando, sobretudo, a partir da instituição do pregão e da legislação específica de alguns Estados, como o de Sergipe, por exemplo, (vide item 1.21) em prol da desburocratização e celeridade do certame, a fase de habilitação é posterior à de julgamento. Essa é a regra geral, mas a lei admite que aquela anteceda esta se houver ato motivado e previsão no instrumento convocatório (art. 12, parágrafo único).

A publicidade do certame pode ser veiculada por divulgação direta aos certamistas, por publicação em órgão da imprensa oficial, facultada também em jornal diário de grande circulação, além de divulgação em sites eletrônicos. E a depender do valor da obra ou serviço, torna-se dispensada a publicação em órgão oficial de imprensa (art. 9º e § 2º).

Na forma do que dispõe o art. 18 os critérios de julgamento estão assim dispostos: a) menor preço ou maior desconto; b) técnica e preço; c) melhor técnica ou conteúdo artístico; d) maior oferta de preço; e) maior retorno econômico. O critério derradeiro é adotado exclusivamente quando se tratar da celebração de contratos de eficiência em que o proponente selecionado confere maior economia para a Administração, inclusive por meio da redução de despesas correntes. Para tanto, ele será remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23 e § 1º). Nesse caso, alerta CARVALHO FILHO que a “inspiração do modelo é positiva, mas há compreensíveis dúvidas sobre como a Administração se portará quando eleger semelhante critério” (2015, p. 305).

Críticas foram feitas ao RDC. Noutros tempos, muitos teriam dito que se trataria de mais uma *invenção entreguista neoliberal*. Os tempos mudam. Alguns que, ontem, abriam o berro contra os neoliberais, o que, em parte, estavam certos, hoje calam. Todavia, não falta quem aponte inconstitucionalidades em certos dispositivos do RDC:

Alguns estudiosos têm considerado inconstitucionais certos aspectos do RDC previsto na referida lei. Um deles consiste na imprecisão do que sejam obras, serviços e compras efetivamente voltados aos eventos esportivos internacionais, já que a lei não indica os respectivos parâmetros. Haveria ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição (CARVALHO FILHO, 2015, p. 305).

As contestações não param por aí. CARVALHO FILHO mostra outras preocupações, igualmente pertinentes:

Outra impugnação recai sobre o regime da contratação integrada (art. 9º, § 1º), que contempla a possibilidade de um só interessado ter a seu cargo não só a elaboração dos projetos básico e executivo, como também a sua própria execução, concentrando atividades que, por sua natureza, reclamariam executores diversos. Aqui também haveria vulneração ao art. 37, XXI, da CF, por afetar o princípio da ampla competitividade consagrado em sede constitucional.

No campo do meio ambiente, há irrisignação contra o art. 4º, § 1º, II, da Lei nº 12.462/2011, em razão de permitir mitigação por condicionantes e compensação ambiental, a serem definidos quando do licenciamento ambiental. A ofensa, nesse caso, incidiria sobre os arts. 215, 216 e 225, IV da CF, dispositivos voltados à proteção do meio ambiente (2015, p. 305-306).

No que diz respeito às questões ambientais, deve ser lembrado que o Procurador-Geral da República impetrou a ADI 4.655/2011. Contudo, enquanto se aguardava a decisão, muitas obras já foram concluídas ou estavam em fase de conclusão. E o meio ambiente padecia e padece.

Outro aspecto que tem merecido a preocupação dos estudiosos é o que concerne ao orçamento das obras e serviços:

No RDC a lei admite que o orçamento estimado para a contratação só seja tornado público após o encerramento da licitação (art. 6º). Embora o legislador tenha considerado que, com essa diretriz, se evitaria superfaturamento de obras e serviços, há um grande temor de que o efeito seja inverso, no caso de conluio entre agentes da Administração e grandes sociedades econômicas, farto que, lamentavelmente, se noticia diuturnamente (CARVALHO FILHO, 2015, p. 306).

Por sua vez, BANDEIRA DE MELLO suaviza, a nosso ver, de forma complacente, os efeitos jurídicos da RDC:

Por se tratar de uma lei destinada, de início, a reger contratos para tão somente alguns *eventos esportivos e com épocas certas de realização, após o quê ela será inoperante*, e ao depois estendida a determinadas situações específicas, não parece ser o caso, por enquanto, de dedicar-lhe atenção muito minuciosa, o que possivelmente terá de ser feito caso sua utilização, *in concreto* vier a se tornar frequente (2015, p. 683).

Além de tecer alguns comentários sobre novidades trazidas pelo RDC em relação à lei licitatória, o autor mencionado reconhece que “após a delimitação inicial este regime da RDC disseminou-se como praga” (2015, p. 683).

A Lei nº 12.462/2011 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.581/2011.

1.16 Anulação e revogação (art. 49)

Em princípio, como foi estudado no Direito Administrativo I, todo ato administrativo é suscetível de anulação e revogação. A competência para anular ou revogar é, normalmente, da autoridade superior, ou seja, daquela que autorizou a abertura da licitação. Contudo, se a ilegalidade se verificar no julgamento, a Comissão que o procedeu poderá anulá-lo no recurso próprio, no momento do reexame de sua decisão (art. 109, § 4º).

I – Anulação

É a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de *ilegalidade*. Vide §§ 1º e 2º. Anula-se o que é ilegítimo. A anulação da licitação pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes de assinado o contrato respectivo, posto que se baseia em ilegalidade no seu procedimento. Basta que a própria Administração ou o Poder Judiciário detecte e aponte a infringência à lei ou ao edital. Caso a anulação se

processe na via administrativa, assegurar-se-á o direito de defesa e o contraditório, como não poderia deixar de ser.

Como se estudou em Atos Administrativos (Direito Administrativo I), a anulação opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage às origens do ato anulado, pois se esta era ilegal, não poderia produzir consequências jurídicas válidas, nem gerar direitos e obrigações entre as partes. Daí não ser cabível indenização, a não ser a terceiros de boa fé, por eventuais prejuízos decorrentes da anulação.

A ilegalidade deve ser devidamente demonstrada, visto que anulação sem justa causa deve ser invalidada. Logo, se o despacho anulatório é nulo por falta de justa causa, diz MEIRELLES, “caracteriza-se o desvio ou o abuso de poder, o que autoriza a parte prejudicada a obter, administrativa ou judicialmente, a declaração de sua nulidade, restabelecendo-se o ato ou o procedimento anulado” (2015, p. 353). E prossegue:

Nessa hipótese, o prejudicado terá o direito de receber o objeto da licitação ou ser indenizado dos prejuízos sofridos em consequência da ilegal anulação da licitação ou de seu julgamento (2015, p. 353-354).

A invalidação do ato anulatório pode se dar até mesmo por mandado de segurança, porque atenta contra direito líquido e certo do impetrante. Mas, se o prejudicado optar pela indenização, o caminho é a via ordinária, pois, como é sabido, o *mandamus* não é adequado à reparação de danos. Anulada a licitação, anula-se o contrato (art. 49, § 2º).

II – Revogação

É a invalidação da licitação, por *interesse público*, que deverá ser motivada. Nesse caso, o procedimento é legítimo, mas tornou-se inoportuno e/ou inconveniente. Baseia-se em fato superveniente, devidamente comprovado. Vale dizer: a revogação deve ser motivada, sob pena de se tornar ato arbitrário, incompatível com a ordem jurídica. A revogação, por tratar-se de oportunidade e conveniência administrativa, é privativa da Administração (não podendo se dar, por exemplo, pela Comissão, nem pode ser decretada pelo Poder Judiciário).

A revogação opera efeitos *ex nunc*, isto é, a partir da decisão revocatória, pois até esse momento o ato ou procedimento revogado era *eficaz* e *válido*, como é, por demais, sabido. Da revogação resulta o dever de a Administração indenizar. Ao contrário da anulação (que pode ser apenas do julgamento, por exemplo), a revogação não pode ser parcial. Se

houver motivo de interesse público que não aconselhe a contratação do objeto licitado, revoga-se todo o procedimento.

A revogação não pode ser impedida pelo licitante, mas a ele cabe pleitear, na vida judicial, a anulação do ato revocatório, restabelecendo-se, assim, seus direitos na licitação. Há de receber o objeto que lhe fora adjudicado ou há de obter a correspondente indenização.

Com relação ao desfazimento do procedimento licitatório, deve ser observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 49, bem como a Súmula 473 do STF, que tem aplicação geral.

1.17 Preterição da ordem de classificação

A Lei veda a preterição da ordem de classificação das propostas ou a celebração de contrato com quem não participou do procedimento licitatório (art. 50). **Vide art. 64, § 2º.**

1.18 Sanções administrativas e tutela penal

A Lei nº 8.666/1993 inovou no que concerne aos crimes e às penas que se relacionam com o procedimento licitatório e o contrato administrativo. Assim, os arts. 82 a 85 tratam das disposições gerais, os arts. 86 a 88 cuidam das sanções administrativas aplicáveis aos contratados inadimplentes, os arts. 89 a 99 dizem respeito à definição dos crimes e da aplicação das respectivas penas, e, finalmente, os arts. 100 a 108 disciplinam o processo e o procedimento judicial. **Vide item 2.5.1.2 – II, III e IV.**

1.19 Recursos administrativos

Os recursos administrativos estão elencados no art. 109, que os alinha como representação, pedido de reconsideração e recurso hierárquico.

Consideramos oportuna a distinção feita por LÚCIA FIGUEIREDO:

A *representação* está intimamente ligada ao direito de petição. Consubstancia o direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’, da Constituição federal. Na representação pode haver ou não defesa de direito individual, pois também poderá apenas existir defesa da coletividade.

Quanto ao pedido de *reconsideração*, há que se fazer uma observação. Comumente, a *reconsideração*, como o próprio nome está a indicar, consiste em requerimento para que a mesma autoridade reveja seu ato.

Todavia, a Lei 8.666/1993 confunde as hipóteses e traz no inciso III do art. 109 um recurso nominado de pedido de reconsideração que não se confunde com o previsto no § 4º do mesmo dispositivo, e cuja hipótese de cabimento é a decisão

que aplica a sanção de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública [...].

No *recurso* há pedido de revisão por autoridade superior àquela que praticou o ato impugnado (2006, p. 517-518).

Anote-se, por fim, que os recursos – a exemplo do que ocorre no processo civil – podem ter efeito suspensivo ou devolutivo, como prevê o § 2º do citado art. 109. LÚCIA FIGUEIREDO sentença, com precisão:

Se houver efeito suspensivo, a decisão não terá eficácia até ser confirmada. Fica protraída sua eficácia. Se o efeito atribuído for o devolutivo, sendo provido o recurso, a decisão, que já era eficaz, deverá ser desconstituída. Por isso mesmo, ainda que o efeito normal de dado recurso seja apenas devolutivo, poderá a autoridade superior dar-lhe efeito suspensivo, desde que motivadamente (2006, p. 518).

Saliente-se que os recursos interpostos da habilitação ou inabilitação do licitante, bem assim os recursos com relação ao julgamento das propostas feito pela Comissão de Julgamento devem necessariamente ter efeito suspensivo, consoante dispõe o art. 109, § 2º.

Quanto aos demais recursos, se estiverem presentes razões de interesse público, com a necessária motivação, a lei admite que a autoridade imprima efeito suspensivo.

1.20 Outras disposições legais

Nas disposições finais e transitórias, a Lei nº 8.666/1993 cuida de diversos assuntos de suma importância para o procedimento licitatório, dentre os quais podem ser destacados os seguintes:

- contagem dos prazos (art. 110);
- controle das despesas (art. 113);
- normas expedidas por órgãos públicos (art. 115);
- convênios, acordos e ajustes (art. 116);
- sujeição dos Poderes Legislativo, Judiciário e dos Tribunais de Contas (art. 117);
- sobre as sociedades de economia mista e outras entidades (art. 119);
- concessão de linhas aéreas (art. 122);

- repartições no exterior (art. 123);
- concessões e permissões (art. 124).

2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 Aspectos Gerais

Nas sociedades mais primitivas já existia a prática de acertar-se entre as pessoas o cumprimento de determinados comportamentos recíprocos. Todavia, o caráter rude e tosco do ordenamento jurídico de então ainda não permitia sancionar o descumprimento dessas avenças.

Como diz CARVALHO FILHO, “os contratos são conhecidos desde tempos imemoriais, muito embora, como é evidente, sem o detalhamento sobre os aspectos de conteúdo e de formalização que a história tem apresentado” (2015, p. 175). Somente a partir do Direito Romano, os contratos celebrados entre as partes passaram a ter *força obrigatória*.

Mas, genericamente, o que se entende por contrato? Em sentido amplo, “contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos” (MEIRELLES, 2015, p. 232).

A instituição do contrato, embora típica do Direito Privado, “é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos)” (MEIRELLES, 2015, p. 232).

BANDEIRA DE MELLO diz que “o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes” (2015, p. 632).

Desta forma, a teoria geral do contrato não difere quando se trata dos contratos privados (civis e comerciais) e dos contratos públicos, que constituem o gênero, do qual os contratos administrativos são espécies ao lado dos acordos internacionais. Os contratos públicos são regulados pelo Direito Público, podendo o Direito Privado atuar de forma supletiva na sua regulação. O que não pode é o Direito Privado substituir ou derogar as regras que são próprias da Administração.

Salutar é a lição de MARCELLO CAETANO:

Há dois pontos em que desde logo poderemos assentar: aquilo que se designa por contrato administrativo tem de caber na noção de contrato admitida pela Teoria Geral do Direito; e, para ser admitida no Direito Administrativo, há de haver na disciplina desse contrato um elemento diferencial, o qual só pode ser de

intervenção da autoridade pública com seus poderes característicos (1977, p. 215-216).

Diz também o mestre lusitano:

Para que um contrato administrativo fique perfeito é necessário que se reúnam os elementos essenciais de qualquer contrato: capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objecto possível. Há a acrescentar o fim de interesse público e o elemento formal constituído pela observância das formalidades do processo de formação do contrato e pela forma externa exigida por lei (1997, p. 591).

2.2 Características de horizontalidade e verticalidade

2.2.1 Horizontalidade

Afirma-se que, nos contratos de Direito Privado, a Administração se nivela ao particular, resultando daí a característica de horizontalidade na relação jurídica, como ocorre, por exemplo, na compra e venda, no comodato, na locação etc.

2.2.2 Verticalidade

Já nos contratos regidos pelo Direito Público, existe a característica da verticalidade, pois a Administração age como Poder Público, com todo o seu *poder de império* sobre o particular, uma vez que a mesma atua em nome do povo, em defesa dos *interesses públicos e coletivos*, que devem estar sempre acima dos *interesses privados e individuais*, observados os ditames constitucionais.

2.2.3 Finalidade pública

Nas duas hipóteses acima (horizontalidade e verticalidade), quando a Administração contratar, “haverá interesse e finalidade pública como pressuposto do contrato”. Mas no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (*contrato administrativo atípico*, na conceituação do antigo TFR, que foi substituído pelo STJ), e somente no segundo haverá *contrato administrativo típico*, como lembra MEIRELLES (2015, p. 234-235). Daí a distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como foi feito pela Lei nº 8.666/93 (art. 62, § 3º, I).

2.3 Contrato administrativo

2.3.1 Divergências doutrinárias

No tocante ao contrato administrativo, ou seja, ao contrato regido pelo Direito Público, há controvérsias entre os doutrinadores, destacando-se três correntes, conforme preleciona DI PIETRO (2015, p. 297), a saber:

I – A que nega a existência de contrato administrativo

Os seus adeptos argumentam que o contrato administrativo não segue os princípios da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade, nem da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda = os pactos devem ser observados*), que são características de todos os contratos.

Com relação ao primeiro (*igualdade entre as partes*), diz-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia sobre o particular. Quanto ao segundo (autonomia da vontade), não existiria de ambos os lados, pois a autoridade administrativa só deve fazer aquilo que a lei determina (princípio da legalidade) e o particular submete-se às cláusulas fixadas pela Administração, em decorrência, precisamente, do mesmo princípio da legalidade. E sobre o segundo princípio (*força obrigatória das convenções*), o mesmo seria desrespeitado no contrato administrativo, em face da mutabilidade das cláusulas regulamentares, pois a autoridade administrativa pode fazer alterações unilaterais no contrato, uma vez que a Administração está vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público e, assim, não poderia se sujeitar a cláusulas inalteráveis, como ocorre no Direito Privado.

No Brasil essa posição foi adotada por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. Por seu turno, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que a “doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês”. E acrescenta:

Quanto a nós, acompanhando as lições do Professor Osvaldo Aranha Bandeira de Mello – que tratou do assunto com maestria insuplantável –, entendemos que esta rotulação ‘contrato administrativo’ tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos (2015, p. 636).

Com o devido respeito que temos aos dois mestres, pai e filho, não comungamos com o seu pensamento.

II – A que, em sentido oposto, considera que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos

De acordo com essa corrente, entende-se que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo, pois em todos os acordos praticados pela Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo.

Essa posição foi defendida, dentre outros autores estrangeiros, por JOSÉ ROBERTO DROMI, AGUSTÍN GORDILLO e ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS. No Brasil, esse entendimento tem a anuência de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, que diz: “Consoante pensamos, inexistem contratos privados da Administração”. E arremata: “Existem – isto, sim – contratos da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora de Direito Privado” (2006, p. 524).

A citada mestra é enfática quando assevera:

No Direito brasileiro não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois todos vão se submeter a única jurisdição. É dizer: como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o Poder Judiciário. De conseguinte, serão decididos sempre diante da mesma jurisdição, quer sejam contratos públicos quer sejam privados. Inclusive, perante a mesma Justiça especializada, por força da competência *ratione personae* (2006, p. 524).

III – A que apregoa a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de Direito Público, estatuído pelo Direito Administrativo e indicado em cláusulas exorbitantes

Essa posição, recepcionada pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros, “admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado” (DI PIETRO, 2015, p. 298).

2.3.2 Conceito

Entende-se por contrato administrativo “o ajuste que a Administração Pública”, agindo como tal, “firma com particular ou entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 233).

O citado autor esclarece que a conceituação engloba as avenças da Administração direta e indireta, pois “ambas podem firmar contratos com particularidades administrativas que os sujeitam aos preceitos do Direito Público” (2015, p. 233).

Há, contudo, quem entende que o ajuste que a Administração Pública celebra com uma entidade administrativa (autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista) não é contrato. Estaria mais para convênio ou outro tipo de avença.

Atendo-nos às suas peculiaridades, em regra, podemos dizer, como o faz MEIRELLES (2015, p. 234), que o contrato administrativo é:

a) Consensual: visto que encerra um acordo de vontades, “e não um ato unilateral e impositivo da Administração”;

b) Formal: porque é feito por escrito e com requisitos especiais, como determina a lei;

c) Oneroso: vez que remunerado na forma que for pactuada entre as partes;

d) Comutativo: porque as partes têm devidamente estabelecidas compensações recíprocas e equivalentes;

e) *Intuitu personae*: posto que deve ser executado pelo próprio contratado, “vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste”, com as ressalvas da lei. **Vide item 2.3.5 – VI.**

2.3.3 Contrato de colaboração e contrato de atribuição

Na conceituação do contrato administrativo é imperioso distinguir entre o contrato de colaboração e o contrato de atribuição.

No primeiro (*colaboração*), o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimento.

No segundo (*atribuição*), a Administração atribui vantagens ou direitos ao particular, como é o caso do uso especial de um bem público.

Naquele (*colaboração*) tem-se presente o interesse precípuo da Administração. Neste (*atribuição*) tem-se patente, sobretudo, o interesse do particular, não podendo, entretanto, o interesse público ser contrariado.

2.3.4 O contrato administrativo no Direito Positivo

2.3.4.1 Norma constitucional

Como é sabido, compete à União expedir normas gerais sobre contratação pelo poder público, consoante se depreende do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Ao Estado-membro, ao Distrito Federal e ao Município cabe legislar sobre o assunto, desde que de forma específica e respeitando-se as normas gerais.

2.3.4.2 Legislação infraconstitucional

A Lei nº 8.666/1993, com as alterações posteriores, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de contratos administrativos, embora nem todos tenham essa natureza. A Lei cuida de contratos como os de compra e venda, alienação, obras e serviços, referindo-se, ainda, à concessão, permissão (cujo caráter, em tese, não era tido como contratual), locação, seguro, financiamento (cf. art. 1º, 2º, 23, § 3º, e 62, § 3º, I e II).

Mas as normas contidas nessa Lei, a respeito da compra (arts. 14 a 16) e da alienação (arts. 17 a 19) derogam o Direito comum? Claro que não! Apenas estabelecem determinadas exigências, que dele (do Direito comum) exorbitam, concernentes ao procedimento prévio que a Administração deve observar.

Também devem ser consideradas as Leis nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995, que versam sobre a concessão e permissão de serviços públicos, apresentando dispositivos inerentes à parte contratual.

2.3.5 Características dos contratos administrativos

Considerando os contratos administrativos no sentido próprio e restrito, podem ser apontadas as seguintes características:

I – Presença da Administração Pública como poder público (art. 58)

A Administração aparece com uma série de prerrogativas que asseguram a sua posição de supremacia sobre o particular.

II – Finalidade pública (art. 61)

Está presente em todos os atos e contratos da Administração, mesmo nos regidos pelo Direito Privado.

III – Obediência à forma prescrita em lei

A Lei nº 8.666/1993, além de outras esparsas, referentes a contratos específicos, estabelece uma série de normas condizentes com o aspecto formal, destacando-se as seguintes:

- a) deve observar limites fixados (art. 60, parágrafo único);
- b) deve ser lavrado nas repartições interessadas, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis (art. 60);
- c) deve ser publicado, em resumo, no Diário Oficial (art. 61, p. único), pois antes de ser publicado não tem eficácia, ou seja, não pode ser executado, a exemplo de pagamentos que, dele decorrente, não podem ser feitos (alguns entendem que se for publicado após o prazo, perde a validade; outros dizem que a falta de publicação deve apenas ensejar a responsabilização dos agentes responsáveis pela desídia);
- d) formaliza-se por meio do “termo de contrato”, carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço (art. 62, *caput*, e § 2º, c/c o § 4º);
- e) deve-se observar as condições constantes do instrumento convocatório da licitação (art. 55, XI);
- f) devem constar as chamadas cláusulas necessárias (art. 55), que podem ser:
 - regulamentares: referentes ao objeto, forma de execução, rescisão, responsabilidade das partes;
 - e financeiras: que estabelecem o equilíbrio econômico do contrato.
- g) devem observar as prescrições relativas aos prazos (art. 55, IV, 57, II e IV, §§ 1º e 3º). É de lembrar que o art. 57 não se aplica aos contratos regidos pelo Direito Privado nem àqueles em que a

Administração é usuária de um serviço público (art. 62, § 3º, I e II).

IV – Procedimento legal (art. 54)

A lei estabelece certos procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos que podem variar de uma para outra modalidade. A própria Constituição contém exigências quanto ao procedimento: o art. 37, XXI, exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e o art. 175, para concessão de serviços públicos. Tais exigências também são feitas por leis ordinárias, a exemplo da Lei nº 8.666/1993, tomando como exemplo apenas um dispositivo (art. 55, V, c/c art. 60). Já a Lei nº 4.320/1964, veda a realização de despesa sem prévio empenho (art. 60) ou o empenho de despesa que exceda o limite dos créditos concedidos (art. 59), posição que a Constituição também adotou (art. 167, II).

V – Natureza de contrato de adesão (art. 62, § 1º, c/c 40, § 2º, III)

DI PIETRO afirma que “todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração”. E adianta:

Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração.

[...]

Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público (2015, p. 313-314).

Todavia, alguns autores parecem não aceitar essa natureza do contrato administrativo, considerando que o mesmo é sempre consensual, porque “consubstancia um acordo de vontade, e não um ato unilateral e impositivo da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 234), pois que, embora as condições sejam ditadas pela Administração, ninguém é obrigado a contratar com ela, a não ser pela sua própria vontade, respeitadas as disposições legais.

É certo que a minuta do contrato que deverá ser, a seu tempo, assinado, já integra o edital da licitação, embora tal minuta possa até mesmo ser impugnada, quando o licitante tiver a oportunidade de impugnar o edital.

VI – Natureza “*intuitu personae*” (art. 66, 72 e 78, VI) (Vide item 2.3.2. – “e”).

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento licitatório, daí somente será possível subcontratar o objeto do contrato se prevista a possibilidade no ato convocatório e no contrato, com a anuência do contratante.

VII – Natureza comutativa (art. 66)

São estabelecidas compensações recíprocas e equivalentes para as partes envolvidas.

VIII – Presença de cláusulas exorbitantes (art. 54, § 1º, *in fine*, c/c art. 58)

Cláusulas exorbitantes são as que excedem do Direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. Tais cláusulas não seriam comuns ou não seriam lícitas em contratos celebrados entre particulares, pois tornariam as partes desiguais na execução do ajuste. Elas colocam a Administração numa posição privilegiada. Para os franceses, tais cláusulas imprimem o caráter ou a marca do contrato administrativo e do próprio Direito Público.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES tem uma concepção interessante sobre o significado das chamadas cláusulas exorbitantes, quando diz:

As cláusulas exorbitantes, pertinentes aos contratos administrativos, não se constituem como cláusulas, na acepção que lhes confere o Direito. São poderes jurídico-públicos outorgados à Administração-contratante, fruto de normas jurídico-injuntivas que disciplinam a matéria. Não são disponíveis livremente pelas partes contraentes (2003, p. 305).

A seguir, analisaremos algumas delas:

- a) **Alteração unilateral (art. 58, I, c/c 65, I, “a” e “b”)**: trata-se de preceito de ordem pública, não podendo a Administração deixar de exercê-lo. É o interesse público que autoriza a alteração do contrato (**vide art. 65, § 6º**). Como diz CARVALHO FILHO, “fato inexistente nos contratos de direito privado, a alteração unilateral do contrato pela Administração bem demonstra sua superioridade em face da outra parte”. Diz mais; “É que aqui a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade

unilateral alteradora” (2015, p. 196). É sabido que a alteração contratual também pode ser bilateral (art. 65, II), mas a peculiaridade desse tipo de contrato repousa, exatamente, na alteração unilateral, que se dá em dois casos:

- **alteração qualitativa:** quando há modificação do projeto ou das especificações, visando à melhor adequação técnica aos fins do contrato;
- **alteração quantitativa:** quando é preciso alterar o valor em face do aumento ou redução quantitativa do objeto contratual.

b) **Rescisão unilateral (art. 58, II, c/c 79, I):** é, igualmente, preceito de ordem pública e ocorre nos casos de:

- inadimplemento (art. 78, I a VIII);
- situações que ensejam desaparecimento do contratado, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (art. 78, IX a XI);
- razões de interesse público (art. 78, XII);
- caso fortuito ou de força maior (art. 78, XVII);
- descumprimento da regra protetiva do menor trabalhador, constante do art. 7º, XXXIII, da CF (art. 78, XVIII).

Em qualquer caso, exige-se justa causa e segue-se o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 78, p. único). Nos primeiros casos (I a XI), o contratado poderá ressarcir os prejuízos, se houver, e sofrer sanções administrativas. Nos casos dos incisos XII a XVII cabe à Administração indenizar o contratado, se for o caso, conforme se depreende do art. 79, § 2º.

Observe-se, porém, que não tem sentido a norma do art. 79, § 2º abranger o inciso XVII, do art. 78, pois caso fortuito e força maior independem de ambas as partes. Por que, então, a Administração terá que indenizar o contratado por um prejuízo que ela não deu causa? Essa norma reverte toda a teoria do caso fortuito e da força maior (art. 393 do Código Civil), que pertence à Teoria Geral do Direito, alcançando todos os seus ramos.

- c) **Fiscalização (art. 58, III e 67):** é uma prerrogativa do poder público, que tanto pode designar um servidor para acompanhar a execução do contrato, quanto pode contratar terceiros para fazê-lo (Vide art. 78, VII).
- d) **Aplicação de penalidades contratuais (art. 58, IV):** a inexecução total ou parcial do contrato confere à Administração o direito de aplicar sanções de natureza administrativa, dentre as mencionadas no art. 87. E nos casos de atrasos injustificados, aplica-se o art. 86.
- e) **Anulação do contrato:** obedecendo ao princípio da legalidade, a Administração tem que exercer continuado controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei, mas conferindo ao contratado a oportunidade de defesa; é o que se chama de auto-tutela, prerrogativa que está consagrada na já citada Súmula 473 do STF. Vide, ainda, o art. 7º, §§ 5º e 6º, lembrando também que a Administração pode declarar a nulidade do contrato, com efeito retroativo (art. 59 e parágrafo único).

A propósito da anulação do contrato, MEIRELLES faz o seguinte lembrete:

É de se advertir que somente o contrato tipicamente administrativo é passível de anulação unilateral, não o sendo o contrato de Direito Privado (compra e venda, doação e outros), firmado pela Administração, o qual só pode ser extinto por acordo entre as partes ou por via judicial (2015, p. 237).

- f) **Exceção de contrato não cumprido:** no Direito Privado se uma parte descumprir o contrato, a outra também poderá descumpri-lo (art. 476, CC). Como ensina CARVALHO FILHO, “*exceção* no caso tem o sentido de ‘defesa’, oposta justamente pela parte que é instada pela outra, sendo esta inadimplente em relação a sua obrigação” (2015, p. 199).

Entendem alguns que, no Direito Administrativo, o particular não pode descumprir a execução do contrato, se a Administração está em falta, por causa dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular. Observe-se que o art. 79, I, refere-se à rescisão unilateral pela Administração, e não pelo contratado.

O que deve, então, fazer o contratado? A rigor, sempre se entendeu que o mesmo devia pleitear, administrativa ou judicialmente, a rescisão do

contrato e o pagamento de perdas e danos, prosseguindo na execução, até obter a devida autorização para paralisar, pois o “que não se admite é a paralisação sumária da execução, sob pena de inadimplência do particular, contratado, ensejadora da rescisão unilateral” (MEIRELLES, 2015, p. 239).

Todavia, a doutrina já vinha procurando amenizar esse entendimento, “nos casos em que a inadimplência do Poder Público cria para o contratado um encargo *extraordinário e insuportável*, como, p. ex., o atraso prolongado dos pagamentos, obrigando-o a um verdadeiro financiamento, não previsto, do objeto do contrato”, como diz MEIRELLES (2015, p. 239). Hoje, o descumprimento por parte do contratado está respaldado pelo inciso XV, art. 78, visto que “o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações”, até a normalização da situação, “ou então obter a rescisão do contrato”, conforme, aliás, esclarece BANDEIRA DE MELLO, chamando a atenção também para o inciso XIV (2015, p. 648). **Vide item 2.5.2 – V.**

- g) **Equilíbrio econômico-financeiro (arts. 55, III, 57, § 1º, 58, I, §§ 1º e 2º, e 65, II, “d”, e § 6º):** é “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste” (MEIRELLES, 2015, p. 237), que deve ser mantida durante toda a execução do contrato, com vistas a garantir o lucro do contratado; esse princípio, emanado da doutrina francesa, é, hoje, universalmente aceito, e extensivo a todos os contratos administrativos. O restabelecimento pode ser para mais ou para menos, conforme o caso (art. 65, § 5º).

A aplicação desse princípio somente poderá ser feita quando o prazo contratual for superior a um ano, por força da Lei que estabeleceu o Plano Real. É de observar que foi criada a figura da repactuação, por meio do Decreto nº 2.271/1997, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. A admissão da repactuação visa à “adequação aos novos preços de mercado”, desde que prevista no edital, observando-se o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da “variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada” (art. 5º).

GASPARINI lembra que “pactuar expressa o ajuste de interesse sobre uma dada coisa, como é o preço de um certo bem”. Logo, “repactuação expressa o ajuste de interesse sobre uma coisa que já fora pactuado, como é o preço de determinado objeto”. O dispositivo infralegal citado “autoriza novo ajuste de preço contratado, desde que o objeto do acordo seja: atividade de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, capoeiragem, recepção, reprografia,

telecomunicação e manutenção de prédios, executada indiretamente e de forma continuada. Os contratos de obras, de serviços que não esses e de fornecimento terão sua equação econômico-financeira restaurada, conforme o caso, pelo reajustamento ou pela revisão” (2009, p. 745).

Lembra o autor acima citado que a repactuação “só é obrigatória para a Administração Pública federal, autárquica e fundacional (art. 1º, do Decreto nº 2.271/1997)”. E mais: “Estados, Distrito Federal e Municípios não se subordinam ao regime da repactuação, segundo os termos do referido decreto federal, podendo, se o desejarem, instituir legislação própria. Também não se submetem a esse decreto as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pois observam resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais (art. 9º)” (2009, p. 745).

Ainda sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é preciso distinguir entre *revisão* ou *recomposição* de preços e *reajuste contratual*.

A ***revisão de preços***, segundo lição JUSTEN FILHO, “consiste no exame dos custos diretos e indiretos do particular, visando a verificar sua alteração substancial e a promover a adoção de novos preços unitários e globais” (2005, p. 300). Para tanto, deve-se levar em conta três etapas: a) verificação dos custos originalmente previstos pelo contratado na formulação de sua proposta; b) verificação dos custos que estão a onerar o contrato; c) comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível que venha a desequilibrar o contrato (desequilíbrio entre o custo estimado e o custo efetivamente existente). É o que se chama também de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente, como dito, de situações imprevisíveis.

(Vide art. 65, II, d, bem como arts. 9º, §§ 2º a 4º, e 10).

Já o ***reajuste***, segundo o mesmo autor, “consiste na indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados” (2005, p. 300). É de notar o disposto no art. 40, inciso XI.

De qualquer forma, é imperativo que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois ensina MARCELLO CAETANO que não “seria justo ou de acordo com o princípio geral da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos que o peso de um benefício para todos fosse suportado por uma só pessoa”, ou seja, pelo contratado (1977, p. 227).

h) **Exigência de garantia (art. 56 e §§):** trata-se de poder discricionário da Administração; se o instrumento convocatório for omissivo, não se pode exigir; se o instrumento convocatório exigir, não se pode dispensar; tal exigência é feita para assegurar a execução do contrato, e a escolha fica a critério do contratado, dentre os tipos enumerados na lei:

- **caução (em dinheiro ou títulos da dívida pública):** é um depósito ou reserva que a Administração pode utilizar se o contratado não cumprir suas obrigações contratuais; deve ser feita antes da assinatura do contrato e constitui-se numa garantia real (entrega de bem); vide, inclusive, art. 31, § 2º;
- **seguro-garantia:** trata-se da garantia que uma companhia seguradora oferece, a fim de assegurar a execução do contrato; na apólice de seguro-garantia a seguradora obriga-se a completar à sua custa o objeto do contrato ou pagar à Administração o necessário para que ela conclua a execução do contrato, diretamente ou por terceiros;
- **fiança bancária:** garantia fidejussória, de natureza comercial, fornecida por um banco que se responsabiliza pelo cumprimento das obrigações do contratado, até o limite da responsabilidade afiançada.

Quando exigida, a garantia será devolvida após o término do contrato. Caso o contrato seja rescindido por culpa do contratado, a Administração poderá “reter a garantia para ressarcir-se de eventuais prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos (art. 80, III). Trata-se de medida autoexecutória, que independe de recurso ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2015, p. 315).

Doutrinariamente, admite-se ainda, os seguintes tipos de garantia:

- seguro de pessoas e bens: pode-se exigir nos contratos em que a execução seja perigosa; não se trata de seguro por acidentes de trabalho, que é um encargo normal do contratado, como muito bem registra MEIRELLES (2015, p. 248), pois sua finalidade é a garantia de terceiros contra danos pessoais ou materiais, cuja responsabilidade é conjunta e solidariamente da Administração e do contratado;
- compromisso de entrega de material, produto ou equipamento de fabricação ou de produção de terceiros estranhos ao contrato; é

uma medida cautelar da Administração nos ajustes que exigem grandes e contínuos fornecimentos, ensejando que o contratado apresente “documento firmado pelo fabricante, produtor ou fornecedor autorizado obrigando-se a fornecer e manter o fornecimento durante a execução do ajuste”. A obrigação é entre este e o contratado, não se erigindo em título executório da Administração, pois o compromissário não participa da relação contratual administrativa (MEIRELLES, 2015, p. 248).

2.4 Execução do contrato administrativo

2.4.1 O que é

Executar o contrato é atender ao cumprimento de suas cláusulas de acordo com a intenção comum das partes contratantes, quando da sua celebração. É cumprir o objeto, os prazos e as condições estabelecidas no contrato.

2.4.2 Direitos e obrigações das partes

2.4.2.1 Direitos

O direito fundamental da Administração, além do que consta das cláusulas contratuais, é o de “exercer suas prerrogativas diretamente, isto é, sem a intervenção do Judiciário”, cabendo “ao contratado recorrer sempre que não concordar com as pretensões da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com ela” (MEIRELLES, 2015, p. 249). Evidentemente, cabe ao contratado recorrer ao Poder Judiciário quando achar conveniente para dirimir as dúvidas decorrentes da execução do contrato.

Por outro lado, o direito básico do contratado é o de “receber o preço, nos contratos de colaboração (execução de obras, serviços e fornecimento), na forma e no prazo convencionados, ou, do mesmo modo, a prestação devida pela Administração, nos contratos de atribuição (concessão de uso de bens públicos e outros dessa espécie)”, segundo o citado doutrinador (2015, p. 249).

Não se deve descuidar do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso ocorra alteração unilateral, e do direito de exigir que a Administração cumpra as suas obrigações. Descumpridas tais obrigações, o contratado tem o “direito de pedir a rescisão judicial do contrato, com a devida indenização por perdas e danos” (MEIRELLES, 2015, p. 249).

2.4.2.2 Obrigações

Nos contratos de colaboração, as obrigações da Administração são reduzidas, em princípio, ao pagamento do preço avençado, enquanto as do contratado residem no cumprimento da prestação assumida. Já nos contratos de atribuição, as posições são invertidas, cabendo à Administração a prestação do objeto do contrato e ao contratado o pagamento da remuneração ajustada (pelo uso de bem público, por exemplo).

Além das obrigações acima apontadas, pode-se elencar diversas outras, de lado a lado. Para a Administração recai a obrigação de efetuar as desapropriações e instituir as servidões administrativas necessárias à realização de obras, a interdição de trânsito e outros atos que somente podem ser praticados pela autoridade pública.

Ao particular contratado, por seu turno, além da prestação do objeto do contrato, são cometidas outras obrigações que lhes são próprias, mesmo que não consignadas de forma expressa no contrato, tais como a observância de normas técnicas, o uso de material apropriado, em quantidade e qualidade compatíveis, atendimento de encargos sociais, manutenção de proposto no local da obra ou serviço a quem a Administração possa se dirigir etc.

2.4.3 Acompanhamento da execução do contrato

A Administração tem o direito e o dever de acompanhar a execução do contrato, compreendendo a fiscalização, a orientação, a interdição e a aplicação de penalidades contratuais, como foi visto.

2.4.3.1 Fiscalização

A fiscalização da execução do contrato “abrange a verificação do material e do trabalho”, com a possibilidade de realização de “testes, provas de carga, experiências de funcionamento e de produção” e outros meios que se relacionem “com a perfeição da obra, do serviço ou fornecimento” (MEIRELLES, 2015, p. 252). Nos empreendimentos de grande vulto é conveniente fazer uso da rede PERT-COM, que significa, respectivamente, em tradução para a língua pátria, Técnica de Avaliação e Controle de Programas e Método de Percorso Crítico, ensejando a verificação do desenvolvimento da execução do projeto em todas as suas fases.

Deve-se fazer o registro do resultado da fiscalização em livro próprio, anotando-se, igualmente, as faltas na execução do contrato, que poderão ensejar, se for o caso, sua rescisão (arts. 67, § 1º, e 78, VIII).

2.4.3.2 Orientação

No que concerne à orientação, a Administração pode fornecer normas e diretrizes acerca dos objetivos do contrato, ensejando a colaboração eficiente do contratado para com o Poder Público no empreendimento que envolve ambos os lados. A orientação não se traduz por interferência na direção do contrato, que é própria do contratado. Na verdade, “limita-se à imposição das normas administrativas que condicionam a execução de seu objeto” (MEIRELLES, 2015, p. 253). Essas normas devem ser legais e técnicas, sob a pena de oposição do contratado, que, inclusive, poderá pleitear a rescisão do contrato.

2.4.3.3 Interdição

A interdição é o ato escrito através do qual a Administração pode determinar a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento que esteja sendo feito de forma a não atender o que foi ajustado. Enquanto a Administração faz uso da autotutela e da auto-executoriedade, princípios que regulam a atividade administrativa, o contratado poderá recorrer da interdição na via administrativa ou judicial para defender-se.

2.4.3.4 Intervenção

A intervenção na execução do contrato vem a ser a providência extrema tomada pela Administração, mediante ordem escrita, no caso da incapacidade do contratado de cumprir fielmente o ajustado, ou na iminência ou efetiva paralisação dos trabalhos, ensejando potenciais ou reais prejuízos para o serviço público. Exige-se justa causa. Diferente da interdição, no caso de intervenção a Administração assume a direção da execução do contrato. Também não se confunde com a ocupação provisória, que tem lugar quando da rescisão contratual, evitando, assim, a descontinuidade na execução. **Vide item 2.5.3.1., e art. 80.**

2.4.4 Do recebimento do objeto do contrato

Trata-se da etapa final da execução de todo contrato administrativo a fim de liberar o contratado de suas respectivas obrigações. Pode ser provisório ou definitivo (arts. 73 a 76).

2.4.4.1 Recebimento provisório

É provisório o recebimento quando se realiza experimentalmente, dentro de certo período, com vistas à verificação da perfeição do objeto do contrato. Se forem detectadas falhas, as mesmas serão corrigidas as expensas do contratado. Se terminado o prazo sem impugnação da Administração, “entende-se o objeto do contrato recebido definitivamente” (MEIRELLES, 2015, p. 255).

2.4.4.2 Recebimento definitivo

Tem-se o recebimento definitivo quando a Administração o “faz em caráter permanente, incorporando o objeto do contrato ao seu patrimônio e considerando o ajuste regularmente executado pelo contratado” (MEIRELLES, 2015, p. 255).

Com o recebimento definitivo, o contratado fica exonerado dos encargos contratuais, mas não da responsabilidade pela solidez e segurança da obra, pelo prazo de cinco anos (art. 618, CC). Normalmente, o recebimento definitivo deve constar de termo, que é a prova da entrega e recebimento do objeto do contrato. Uma vez recebido, não pode a Administração usar de expedientes contra o contratado pela execução, sob pena de cometer abuso de poder. Os gêneros perecíveis são recebidos em caráter definitivo, por simples recibo, que terá os efeitos do termo antes mencionado.

Sobre possíveis desajustes detectados na obra, no serviço ou no objeto da compra, observe-se o disposto no art. 76.

2.5 Inexecução, revisão e rescisão do contrato administrativo

2.5.1 Inexecução

É o descumprimento do contrato, no todo ou em parte. Dá-se por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, em que se caracteriza o retardamento ou o descumprimento integral do acordado. Tais situações podem ensejar responsabilidades para o inadimplente e, conforme o caso, a própria rescisão do contrato (art. 77 a 80).

I – Inexecução culposa

Resulta de ação ou omissão da parte, decorrente de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no cumprimento das cláusulas contratuais. É de bom alvitre lembrar que o conceito de culpa no Direito Administrativo é o mesmo do Direito Civil, constituindo na violação do

dever de diligência para o cumprimento de prestação preconizada no contrato (prazos, modo de realização do objeto do contrato etc.).

II – Inexecução sem culpa

É uma decorrência de atos ou fatos alheios à conduta da parte, retardando ou impedindo a execução do contrato. Nesse caso, embora haja inadimplência e possa ensejar rescisão, não haverá responsabilidade alguma para os contratantes, pois tais eventos são considerados como causas que justificam a inexecução do contrato.

2.5.1.1 Causas justificadoras da inexecução do contrato

I – Teoria da imprevisão (art. 65, II, “d”)

Criada pelo Conselho de Estado da França, no curso da Primeira Guerra Mundial (foi o caso da Cia. de Gás de Bordeaux, em 1916, que solicitou majoração da tarifa por conta do aumento do carvão mineral, como se registra no parágrafo a seguir), “consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevidos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis”, com influência sobre “a economia ou sobre a execução do contrato”, autorizam a revisão deste, a fim “de ajustá-lo às circunstâncias supervenientes” (MEIRELLES, 2015, p. 251).

MARCELO CAETANO descreve o nascimento da teoria da imprevisão:

Foi durante a guerra de 1914-18 que em França se admitiu a alteração das condições dos contratos administrativos à luz do que então se chamou a *teoria da imprevisão*.

A duração dessa guerra e as suas consequências econômicas e sociais durante os anos seguintes à conclusão da paz perturbaram de tal forma os mercados que não houve, sobretudo nos países envolvidos no conflito, equilíbrio financeiro de contrato a longo prazo que pudesse manter-se. Faltaram matérias-primas, exigidas pela produção bélica ou de impossível transporte pelas vias marítimas; escasseou a mão-de-obra; subiram os preços e, por fim, as moedas viram os seus valores tradicionais variar em amplíssimas oscilações chegando algumas a soçobrar no meio de verdadeiros cataclismos econômicos.

Tais transformações colocaram os concessionários com contratos a longo prazo, e até os fornecedores e empreiteiros, em posição delicadamente crítica, pois ou cumpriam a palavra dada e para beneficiar o público consumavam a sua ruína (tamanho desproporção havia entre o encargo tomado e aquele que tinham de suportar), ou desistiam e paralisavam os serviços, incorrendo em pesadas sanções.

Colocado assim o problema em França, o Conselho de Estado, usando da larga autoridade de que desfruta e seguindo na tradição do temperamento pretoriano das soluções jurídicas, construiu a *teoria da imprevisão*, aplicando-a pela

primeira vez na pendência, que ficou célebre, entre a municipalidade de Bordéus e a respectiva companhia concessionária do fornecimento de gás, e em que foi proferida a decisão de 30 de março de 1916 (1977, p. 247-248).

Trata-se, aqui, da aplicação da velha cláusula romana *rebus sic stantibus* (prevalência da situação de fato existente na época do acordo). Essa cláusula conheceu o apogeu de sua aplicação nos séculos XIV a XVI, mas “entrou em declínio e praticamente desapareceu no século XVIII, por influência do individualismo que floresceu em todos os aspectos, inclusive no jurídico” (DI PIETRO, 2015, p. 330) e foi anulada pelo art. 1.134 do Código de Napoleão, que previa a imutabilidade das cláusulas contratuais.

BANDEIRA DE MELLO cita WALINE e diz que o renascimento do “velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*”, sob nova roupagem, é anterior ao caso de Bordeaux. Na verdade, a teoria da imprevisão já tinha sido utilizada, em 1905, “no aresto ‘Ville de Paris’, e em 1911, ‘no aresto ‘Labeye’”, concedendo indenização “nada obstante todas as cláusulas em contrário” (2015, p. 671).

Hoje, no Brasil, “somente a álea econômica extraordinária e extracontratual”, que desequilibre o contrato administrativo, pode ensejar a aplicação dessa cláusula, “embora excepcionalmente e com boa dose de prudência”, como ensina FERREIRA DE OLIVEIRA (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 261). Inclusive, essa teoria não deve ser confundida com o reajustamento contratual de preços, que é feito para atender condição do próprio contrato.

A despeito da assertiva anterior, BANDEIRA DE MELLO é mais complacente quanto à aplicação da teoria da imprevisão. Citando FRANCIS-PAUL BÉNOÎT, diz que “a condição ‘imprevisibilidade’ tornou-se menos severa”. E acrescenta:

O imprevisível passou a se referir apenas ao *imprevisto*, ao razoavelmente não-previsto, e a indenização de imprevisão transmudou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio-financeiro estipulado por ocasião do contrato, nele incluído o lucro (2015, p. 673).

II – Força maior (art. 65, II, “d”, c/c art. 78, XVII)

De acordo com a conceituação de MEIRELLES, “é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato” (2015, p. 262). Pode-se citar como exemplo uma greve no setor de transportes, que venha a impossibilitar a entrega de determinado material, cujo fornecimento é o objeto de um contrato administrativo. Se, contudo, a

greve não afetar a totalidade do cumprimento da avença, ou se o contratado tiver outros meios para contornar o problema, deixará de ser força maior.

III – Caso fortuito (art. 65, II, “d”, c/c art. 78, XVII)

Ainda segundo MEIRELLES (2015, p. 262), é “o evento da natureza”, também imprevisto e inevitável, que impossibilita o contratado de cumprir o acordo, e exemplo de um tufão que venha a destruir uma fábrica produtora de materiais indispensáveis à execução de uma obra, ou de uma inundação que cubra o local da obra, impossibilitando a execução total do contrato ou retardando o seu andamento.

Deve-se observar que existem várias correntes doutrinárias que conceituam o caso fortuito e a força maior. As duas principais opõem-se no tocante ao enquadramento do evento *humano* e do evento da *natureza*. Para uns o evento humano enseja a força maior e o evento da natureza enseja o caso fortuito, como foi visto acima. Para outros, contudo, tem-se a direção inversa. Ambas as correntes congregam vários doutrinadores.

Sempre preferíamos seguir a primeira corrente, pois fortuito, em latim (*fortuitu*), significa acaso. E o acaso está, por assim dizer, mais aproximado da natureza. Além de MEIRELLES, CARVALHO FILHO (2015, p. 217) e GASPARINI (2009, p. 1048) têm esse mesmo entendimento conceitual.

CARVALHO FILHO, por exemplo, afirma:

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve (2015, p. 217).

Saliente-se que a característica de determinado evento como *força maior* ou *caso fortuito* não é a *imprevisão das partes*, mas a sua *imprevisibilidade*, a *inevitabilidade* de sua ocorrência e o *impedimento absoluto* que não permite a execução do contrato. Como diz MEIRELLES, evento “imprevisível mas evitável, ou imprevisível e inevitável mas superável quanto aos efeitos incidentes sobre a execução do contrato, não constitui *caso fortuito* nem *força maior*, cujos conceitos, no Direito Público, são os mesmos do Direito Privado” (2015, p. 262).

Diz, ainda, que se quando o evento *impeditivo absoluto* ocorre, “a parte já está em mora, a escusa não lhe aproveita, salvo se provar também

que o dano ocorreria mesmo que tivesse suas obrigações em dia” (2015, p. 263).

A conceituação do caso fortuito e da força maior tem suscitado divergências doutrinárias. E, por vezes, os alunos questionam esta ou aquela posição, especialmente quando saem das raias civilistas para as administrativistas. Não há porque entrar em confusão. Doutrinas são doutrinas. E muitas elas são, conceituando desta ou daquela maneira. Somente a título de colaboração, trazemos a preciosa lição do civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, saudoso magistrado e professor da USP:

Sujeita-se à controvérsia a diferenciação entre caso fortuito e força maior. Entendem uns que essas expressões são sinônimas, ou, pelo menos, equivalentes, do ponto de vista de suas consequências jurídicas. Afirmam outros, ao inverso, que se não confundem os dois conceitos, divergentes entre si por elementos próprios e específicos. A primeira corrente é denominada de *subjetiva*, enquanto a segunda se qualifica de *objetiva*.

Teoricamente, distinguem-se os dois conceitos. Várias teorias procuram sublinhar-lhes os traços distintivos: a) teoria da extraordinariedade; b) teoria da previsibilidade e da irresistibilidade; c) teoria das forças naturais e do fato de terceiro; d) teoria da diferenciação quantitativa; e) teoria do conhecimento; f) teoria do reflexo sobre a vontade humana.

De acordo com a primeira, há fenômenos que são previsíveis, mas não quanto ao momento, ao lugar e ao modo de sua verificação. Qualquer pessoa pode prever que no inverno vai gear, mas ninguém pode precisar quando, em que ponto e com que intensidade ocorrerá o fenômeno. Em tal hipótese, entra este na categoria do caso fortuito. Por outro lado, existem acontecimentos que são absolutamente inusitados, extraordinários e imprevisíveis, como o terremoto e a guerra. Defrontamo-nos então com os casos de força maior.

Pela segunda, *vis major* é aquela que, conquanto previsível não dá tempo nem meios de evitá-la; caso fortuito, ao contrário é o acontecimento de todo imprevisto.

Para a terceira, resulta a força maior de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inundaçãõ; o caso fortuito decorre de fato alheio, gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não logra superar, como a greve, o motim e a guerra.

De conformidade com a quarta, existe caso fortuito quando o acontecimento não pode ser previsto com diligência comum; só a diligência excepcional teria o condão de afastá-lo. A força maior, ao inverso, refere-se a acontecimento que diligência alguma, ainda que excepcional, conseguiria sobrepujar.

Para a quinta, se se trata de forças naturais conhecidas, como o terremoto e a tempestade, temos a *vis major*; se se cuida, todavia, de alguma coisa que a nossa limitada experiência não logra controlar, temos o fortuito.

Finalmente, em consonância com a sexta, sob o aspecto estático, o vento constitui caso fortuito; sob o aspecto dinâmico, força maior.

Filiamo-nos à terceira dessas correntes. Entre nós sufragada por CLÓVIS e JOÃO LUÍS ALVES. Reconhecemos, no entanto, com RADOUANT, que praticamente, pouco importa saber, em face de determinada hipótese, se se trata

de caso fortuito ou de força maior, pois ambos possuem idêntica força liberatória (1982, p. 331-332).

Atentemos para o art. 393, parágrafo único, do Código Civil, acerca do caso fortuito e da força maior, que não os distingue, limitando-se a consignar que “*o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”.

Retornamos a CARVALHO FILHO:

Assinale-se, por fim, ser correta a advertência de que tais situações devem caracterizar-se pela imprevisibilidade, inevitabilidade e impossibilidade total do cumprimento das obrigações. Fora daí, os fatos estarão dentro da álea normal dos contratos (2015, p. 217).

IV – Fato do príncipe (art. 65, II, “d”)

Segundo MEIRELLES, é “toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo” (2015, p. 263). O entendimento de GASPARINI é, basicamente, o mesmo (2009, p. 749).

O fato do príncipe é caracterizado por um ato *geral* do poder público, como a tributação que incide sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato, após a sua celebração, ou a proibição de importar determinado produto, cujo fornecimento constitui o objeto de um contrato. Nesse último caso, tem-se o chamado *fato do príncipe positivo*, porquanto onera o contratado. Se o tributo deixar de ser cobrado ou sofreu uma redução, tem-se o *fato do príncipe negativo*, pois desonera o contratado. (Vide art. 65, § 5º).

Segundo alguns doutrinadores, no Brasil, graças ao regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplicaria se a autoridade responsável pelo fato do príncipe fosse da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato. Tome-se como exemplo o contrato celebrado por uma autarquia estadual, cuja execução por parte do contratado é onerada por conta da majoração, pelo respectivo Estado-membro, da alíquota do ICMS que incide sobre determinado produto, que, por sua vez, se constitui no objeto do contrato.

Nesse entendimento, se o fato do príncipe tiver origem em outra esfera administrativa (União ou Município, no caso do exemplo acima), “aplica-se a teoria da imprevisão” (DI PIETRO, 2015, p. 326). GASPARINI (2009, p. 750), nesse assunto, cita DI PIETRO, com ela concordando.

Outros doutrinadores, contudo, discordam da posição acima sustentada. CARVALHO FILHO, por exemplo, tem o seguinte entendimento:

Parte da doutrina entende que o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o ajuste. Com a devida vênia, entendemos que o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro (2015, p. 216).

O mesmo CARVALHO FILHO, em nota de rodapé, cita GASPARINI “em abono desse [seu] entendimento”, referindo-se à edição de 1992, do seu “Direito Administrativo” (2015, p. 216 – nota 112). Contudo, como está dito, GASPARINI segue, hoje, o entendimento de DI PIETRO.

Não se deve esquecer que o fato do príncipe pode afetar o contrato de tal forma que o torna absolutamente impossibilitado de ser cumprido, como no caso de o poder público retirar do comércio o produto negociado.

V – Fato da administração (art. 78, XIV a XVI)

Compreende qualquer conduta ou comportamento (dizem alguns, toda ação ou omissão) da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato, retarde-a, ou provoque seu desequilíbrio econômico. Ex: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias à execução da obra, ou atrasa os pagamentos por longo tempo, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte (art. 78, XIV e XVI)” (MEIRELLES, 2015, p. 264).

Nesses casos, como houve culpa do Poder Público, o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente. MEIRELLES afirma que não é permitido ao contratado “a paralisação sumária dos trabalhos pela invocação da exceção de contrato não cumprido, inaplicável nos ajustes administrativos, salvo se o atraso for superior a noventa dias (art. 78, XV)” (2015, p. 264). **Vide item 2.3.5 – VIII – f.**

Há autores que não distinguem fato do príncipe de fato da Administração, o que nos parece lamentável. Aquele (fato do príncipe) é de *ordem geral*, ou seja, “é praticado pela autoridade, não como parte no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba de praticar um ato que, reflexamente, *repercute* sobre o contrato”, como diz DI PIETRO (2015, p. 327). Já o fato da Administração não o é, pois *incide diretamente* sobre o contrato, como nos exemplos apontados no último parágrafo (não

entrega pela Administração do local da obra ao contratado, etc.). Sobre essa distinção GASPARINI também se posiciona a favor (2009, p. 751).

É de lembrar que, em tese, quando a Lei nº 8.666/1993 fala em Administração Pública, está se referindo às três esferas federadas. Logo, o *fato do príncipe* decorre de qualquer uma delas. Quando a Lei fala em Administração refere-se ao órgão ou entidade contratante. Ou seja, o *fato da Administração* é o praticado pelo (a) contratante. Quanto à distinção entre Administração Pública e Administração, o Poder Judiciário nem sempre tem concordado com ela. Vide, nesse sentido, o **item 2.5.1.2 – IV**.

VI – Interferências imprevistas

Conhecidas dos franceses e dos norte-americanos, as interferências imprevistas já existem quando da celebração do contrato, mas são desconhecidas e somente serão detectadas no decorrer da execução do mesmo, “dada sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local, em circunstâncias comuns de trabalho” (MEIRELLES, 2015, p. 265). Não ensejam o descumprimento do contrato, mas a sua revisão.

Pode-se tomar como exemplo o caso da escavação de um túnel, quando, em determinado momento, encontra-se uma área rochosa, ao passo que o projeto indicava terreno arenoso. Ou o caso da “passagem subterrânea de canalização ou dutos não revelados no projeto em execução” (MEIRELLES, 2015, 265), como, aliás, ocorreu em Aracaju, no fim da década de 1990, quando a Prefeitura Municipal licitou a construção de um viaduto na confluência da Av. Pedro Calasans com a Rua São Cristóvão. Dita confluência chegou a ser interditada para o início da obra, mas verificou-se, depois, que no local passa a adutora do Poxim, que aduz água para o bairro Siqueira Campos. Como o seu deslocamento ficaria excessivamente caro, a obra foi cancelada.

Alguns autores pátrios não mencionam as interferências imprevistas.

Diz MEIRELLES que o “fundamento jurídico para a recomposição de preços e dilação de prazos é o de que na comum intenção das partes, na celebração do contrato, não foram cogitadas as dificuldades, nem computados os custos extraordinários que a nova situação impõe” (2015, p. 265).

VII – Estado de perigo e lesão

Além das causas anteriormente elencadas, o Código Civil vigente trouxe duas novas figuras jurídicas, justificadoras do não cumprimento

contratual, quais sejam o “estado de perigo” (art. 156, *caput*, e parágrafo único) e a “lesão” (art. 157, *caput* e §§ 1º e 2º).

2.5.1.2 Consequências da inexecução

A inexecução do contrato administrativo implica em sua rescisão e pode acarretar, para o inadimplente, consequências de ordem civil e administrativa, inclusive a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração.

I – Responsabilidade civil

Impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial. Advém da lei (responsabilidade legal) do ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) e da inexecução do contrato (responsabilidade contratual). O assunto será estudado no **capítulo 6**.

II – Responsabilidade administrativa

É o resultado da infringência de norma administrativa, estabelecida em lei, no sentido amplo, ou no próprio contrato, impondo um ônus ao contratado. Afirma MEIRELLES que tal responsabilidade é “independente das demais e [é] pessoal, mas a sanção nem sempre é de execução personalíssima, caso em que pode transferir-se aos sucessores do contrato, pessoa física ou jurídica, como ocorre com as multas e encargos tributários” (2015, p. 267).

III – Suspensão provisória ou temporária

Trata-se da sanção administrativa com a qual se punem os contratados que, por culpa, prejudicam a licitação ou a execução do contrato, por fatos ou atos de menor gravame. Os sancionados ficam impossibilitados de participar de licitações e impedidos de contratar com a Administração pelo lapso de tempo definido na suspensão, conforme disposição legal.

IV – Declaração de inidoneidade

É a penalidade aplicável aos contratados inadimplentes que, dolosamente, cometem faltas graves, ou, ainda, cometem falhas reiteradas. Não se trata de uma penalidade contratual, mas de uma sanção administrativa genérica, que deve ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal, na forma e nos casos expressamente indicados.

Registre-se, por oportuno, uma controvérsia. Para MEIRELLES, como a declaração de inidoneidade constitui uma restrição de direito, “só opera efeitos relativamente à Administração que a impõe” (2015, p. 268). Assim, dizia ele, em edições passadas do seu livro, que “a sanção aplicada pela União, pelo Estado ou pelo Município só [impediria] as contratações com órgãos e entidades de cada um desses entes estatais, e, se declarada por repartições menores, só [atuaria] no seu âmbito e no de seus órgãos subalternos”. Este ponto de vista nunca nos pareceu correto. Inclusive, o próprio autor passou a reconhecer que a sua posição não “tem sido acolhida pelo Judiciário” (2015, p. 267 – nota de rodapé n° 54).

Eis o entendimento do STJ: “A punição prevista no inciso III do art. 87 da Lei n° 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda Administração Pública, pois caso contrário permitir-se-ia que a empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária” (ementa do REsp 174.274). Ou este julgado fundado no REsp 151.567: “É irrelevante a distinção entre os termos ‘Administração Pública’ e ‘Administração’, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação – inciso III – e declaração de inidoneidade – inciso IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras” na Administração de qualquer ente federado (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 268 – nota de rodapé n° 56).

2.5.2 Revisão do contrato (art. 58, § 2º, c/c art. 65, § 6º)

A revisão do contrato, isto é, a modificação de suas condições executivas, pode dar-se por interesse da Administração ou pela superveniência de fatos novos que impossibilitem o cumprimento do ajuste inicial, porque o mesmo tornou-se inexequível. De qualquer forma, impõe-se uma recomposição dos preços ajustados, além do reajuste prefixado.

Na categoria de atos e fatos que ensejam a revisão do contrato administrativo entram as interferências imprevistas, além do caso fortuito, da força maior, do fato do príncipe e do fato da Administração (MEIRELLES, 2015, p. 269), justamente porque o contrato só pode ser executado nas condições previstas e previsíveis pelas partes, que são as condições do momento da celebração. Vale dizer: o que foi convencionado não permanece em vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*). Nesse sentido, **vide art. 58, § 1º**.

2.5.3 Rescisão do contrato (art. 79)

É o desfazimento do contrato no curso de sua execução por inadimplência de uma das partes, pela superveniência de eventos ou pela ocorrência de fatos que forcem o seu rompimento de direito. A rescisão deverá apontar o vínculo entre a conduta (inadimplemento) do contratado e a lesão causada ao interesse público.

A Lei nº 8.666/1993 prevê três tipos de rescisão, a saber: a) unilateral; b) amigável; c) judicial.

2.5.3.1 Rescisão unilateral ou administrativa

Efetiva-se por ato próprio e unilateral da Administração, decorrente de *inadimplência do contratado* (com ou sem culpa deste) ou por *interesse do serviço público* (sem culpa do contratado). Nesse caso da rescisão unilateral ou administrativa (inciso I), o ato rescisório deve ser consubstanciado em *termo* e pode ser expresso em *decreto* ou *despacho* da autoridade competente, operando efeitos *ex nunc*.

Há que se considerar que o Poder Judiciário “não poderá valorar o mérito da rescisão, mas deverá sempre verificar a existência dos motivos e a sua adequação às normas legais e às cláusulas contratuais pertinentes, para coibir o arbítrio e o abuso de poder. Se a rescisão for lesiva ao patrimônio público, poderá ser invalidada por ação popular da iniciativa de qualquer cidadão, como ocorre com qualquer ato administrativo prejudicial aos interesses protegidos pela Constituição da República (art. 5º, LXXIII) e Lei Federal nº 4.717, de 29.6.1965” (MEIRELLES, 2015, p. 271).

A rescisão administrativa por *inadimplência do contratado* ocorre quando este não cumpre cláusula essencial do contrato e, por conta disso, retarda ou paralisa sua execução ou desvirtua seu objeto. Como visto acima, essa modalidade de inadimplência pode ser *culposa* (resultante de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia do contratado), ou *sem culpa* (quando se originar de caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou fato da administração).

No caso da *inadimplência culposa* a rescisão visa à continuidade do serviço e constitui-se em sanção, obrigando o contratado a reparar o dano causado e autorizando a Administração a fazer a retenção dos créditos do inadimplente (art. 80, IV) ou utilizar as garantias (art. 80 III), para fazer face aos prejuízos decorrentes da inexecução (vide item 2.3.5 – VIII - h). Pode, ainda, a Administração aplicar outras sanções administrativas, como

a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para evitar novas contratações, a depender do grau da culpa (**vide item 2.5.1.2 – III e IV**).

Na rescisão por *inadimplência sem culpa* nenhuma indenização será devida pelo contratado, como não poderia deixar de ser, posto que ele não deu causa à mesma. Nesse caso, a Administração não pode reter os créditos ou as garantias oferecidas pelo contratado. Mas, no caso da ocorrência de fato da Administração, se o contratado, “ao invés de pleitear, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato, paralisar sua execução, coloca-se na posição de inadimplente culposo, sujeitando-se a todas as suas consequências” (MEIRELLES, 2015, p. 272). **Vide item 2.5.1.1 – V**.

Nos dois casos de rescisão por inadimplência, considerando que a finalidade básica da rescisão é a *continuidade do serviço público*, a Administração, após efetivar dita rescisão, pode assumir o objeto do contrato (art. 80, I), tal como se encontra, e continuar sua execução pela via direta ou indireta. A Administração pode, inclusive, recorrer ao instituto da *ocupação provisória*, como mandam os arts. 58, V, e 80, II). Cessada a ocupação provisória, as instalações, equipamentos, material e pessoal, empregados nos trabalhos serão devolvidos, havendo o devido ressarcimento, a *posteriori*, mediante avaliação.

A rescisão administrativa unilateral *por interesse público* ou conveniência da Administração “tem por fundamento a *variação do interesse público*, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torna inútil ou prejudicial à coletividade”, (MEIRELLES, 2015, p. 273).

Nesse caso, a Administração pode fixar o *quantum* da indenização que cabe ao contratado, por meio de operações contábeis. À rescisão em apreço não pode se opor o contratado que, contudo, não concordando com o valor da indenização, poderá buscar o amparo judicial adequado, com o intuito de receber a justa reparação dos danos que por ventura tenha sofrido coma extinção do contrato, de forma antecipada.

2.5.3.2 Rescisão amigável

É a que se materializa por mútuo acordo das partes contratantes, visando à extinção do contrato, com o devido acerto dos direitos dos contratantes (inciso II). Normalmente, é feita nos casos de inadimplência sem culpa ou nos que autorizam a rescisão por razão de interesse público. O distrato deve atender a mesma forma e os mesmos requisitos exigidos para a celebração do contrato.

Os efeitos da rescisão amigável são *ex nunc*, ou seja, a partir da data em que foi firmada, “embora possam ser fixados direitos e obrigações dos contratantes com eficácia retroativa ou posterior, como, p. ex., a fluência de juros sobre débitos anteriores, o pagamento futuro de créditos e outras relações negociais decorrentes do contrato que vai se extinguir” (MEIRELLES, 2015, p. 273).

2.5.3.3 Rescisão judicial

A rescisão judicial é decretada pelo Judiciário em ação proposta pela Administração ou pelo contratado, que tiver direito à extinção contratual (inciso III). A ação para rescindir o contrato é de rito ordinário e admite pedidos cumulados de indenização, retenção, compensação e demais efeitos decorrentes das relações contratuais em discussão. **Vide art. 78, XIII a XVII.**

Admite-se a ação popular como meio de rescisão judicial indireta, uma vez que a mesma é cabível para invalidar contrato celebrado pela Administração direta, autarquia e empresa estatal ou subvencionada com recursos públicos, desde que o contrato cause lesão ao patrimônio público. A invalidação judicial do contrato “importa a extinção do ajuste, com todos os consecutórios da anulação e da condenação judicial, nos termos em que for acolhido o pedido inicial do autor popular” (MEIRELLES, 2015, p. 274).

Também o mandado de segurança pode ser impetrado para anular ato ilegal ou abusivo da autoridade, “conduzindo obliquamente à cessação dos efeitos do contrato, o que equivale à sua rescisão” (MEIRELLES, 2015, p. 274). Exemplo: um licitante impetra o *mandamus* por ter sido preterido ilegalmente na habilitação ou no julgamento obtendo, assim, a anulação do ato e, por conseguinte, a invalidação do contrato respectivo, caso já tenha sido firmado.

2.5.3.4 Rescisão de pleno direito

Há, ainda, a rescisão de pleno direito “que se verifica independentemente de manifestação de vontade de qualquer das partes, diante da [simples] ocorrência de fato extintivo do contrato previsto na lei, no regulamento ou no próprio texto do ajuste”, como se dá na ocorrência do falecimento do contratado, na dissolução da sociedade, na falência da empresa, na insolvência civil, no perecimento do objeto do contrato e outros eventos de efeitos assemelhados.

A rescisão de pleno direito resulta do próprio fato extintivo e “pode dar-se com ou sem indenização”, consoante previsão legal ou regulamentar ou convenção contratual, como enfatiza MEIRELLES (2015, p. 274). Os efeitos são produzidos a partir da data do evento rescisório (*ex tunc*).

O art. 78, XVIII, do estatuto licitatório, acrescido pela Lei nº 9.854/1999, refere-se a novo caso de rescisão de pleno direito, regulamentado pelo Decreto nº 4.358/2002. Trata-se do descumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre de menores de dezoito anos e de qualquer trabalho de menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos. Nesse caso, o contrato deverá ser rescindido.

2.6 Suspensão do contrato

Outra das prerrogativas da Administração é a suspensão do contrato. Ora, se a Administração pode rescindir o contrato por razões de interesse público (art. 78, XII), também o poderá suspender pelos mesmos motivos. Como se sabe, em regra, quem pode o mais, pode o menos. Na verdade, podem surgir situações que não exigem a imediata rescisão contratual, sendo bastante a sua suspensão, como ocorre, por exemplo, nos casos de falta de recursos financeiros. É de bom alvitre que “a Administração justifique o seu ato, demonstrando as razões de interesse público e as vantagens decorrentes da suspensão” (MEIRELLES, 2015, p. 275).

2.7 Arbitragem nos contratos administrativos

Com o advento da Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995), foi definida como cláusula essencial do contrato a indicação do modo amigável de solução de divergências contratuais (art. 23, XV). Logo, o Tribunal de Contas da União, que, antes, era contrário, “passou a aceitar a inclusão da cláusula de arbitragem, desde que a mesma observe o princípio da indisponibilidade do interesse público e ‘notadamente quando a Administração se iguala ao particular’” (MEIRELLES, 2015, p. 276).

CARVALHO FILHO dissertando sobre o assunto, afirma:

Discutem os estudiosos atualmente sobre a possibilidade de o Poder Público recorrer à arbitragem para a solução de seus conflitos. A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é óbvio, procure a Administração alcançar providência de interesse público e que seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais, a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter *como*

preponderante o aspecto de patrimonialidade, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade (2015, p. 223).

A Lei nº 9.307/1996, regulando o instituto da arbitragem no Direito pátrio, estabeleceu (art. 1º) que as pessoas capazes de contratar poderão se servir da arbitragem para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, abrangendo, segundo entendem alguns, “as pessoas jurídicas de Direito Público” (MEIRELLES, 2015, p. 277). Há de ser observado o art. 25, que dispõe sobre a remessa das partes à autoridade competente do Poder Judiciário, quando, no curso da arbitragem, sobrevier controvérsia no que concerne a direitos indisponíveis.

MEIRELLES indaga: “É possível conciliar a indisponibilidade do interesse público com as matérias que podem ser objeto da arbitragem, ou seja, os direitos patrimoniais disponíveis?” (2015, P. 277). E responde, de forma esclarecedora:

Para dirimir a questão é importante distinguir o *interesse público primário* do *interesse público secundário*. O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público primário está na implementação daquela unidade, consistindo a locação um interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele (2015, p. 278).

Assim, a satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se normalmente sob a égide do Direito Privado e se resolve em relações patrimoniais, que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis. Como nos contratos celebrados pela Administração há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, podem, sim, ser objeto de arbitragem.

Como visto, alguns doutrinadores entendem que há autorização legal para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, sendo facultativa a sua utilização. Outros, contudo, afirmam que “não há, ainda, disciplina detalhada sobre a questão” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 223).

O próprio CARVALHO FILHO, contudo, diz:

Ressalve-se que, a despeito de não haver regulação expressa de caráter geral, começam a surgir disposições pontuais sobre o tema. Assim, a Lei nº 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas, prevê expressamente o recurso à arbitragem para dirimir conflitos entre a Administração e o parceiro privado, relacionados com a execução do contrato (art. 11, III). O mesmo ocorre em relação à Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões de

serviços públicos (art. 23-A). Verifica-se, por conseguinte, que a aceitação do instituto no direito público ganha espaço na própria legislação (2015, p. 223-224).

A referida Lei nº 8.987/1995, dispõe, no art. 23, inciso XV, quanto “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, enquanto cláusula essencial do contrato de *concessão de serviço público*.

Já a Lei nº 11.079/2004, também acima referida, e que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada/PPP, autorizou expressamente que o contrato de PPP pode prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em Língua Portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (art. 11, III). Por outro lado, a Lei nº 11.196/2005, incluiu, na Lei nº 8.987/1995, o art. 23-A, com redação idêntica à da Lei de PPPs, para a mesma finalidade de autorizar o uso da arbitragem nos contratos de concessão.

Acerca das parcerias público-privadas afirma RENATO POLTRONIERI:

A Parceria Público-Privada não é garantia de sucesso nem de solução para os problemas de manutenção e ampliação dos serviços de infraestrutura estratégica do Estado, mas seguramente pode ser uma alternativa para “incrementar” os investimentos no setor de transportes, energia, comunicação e saneamento básico, considerados serviços estratégicos para a sustentação e crescimento do país (2005, p. 69).

As Leis nº 9.472/1997 e nº 9.478/1997, dispondo, respectivamente, sobre o contrato de concessão de telecomunicações e sobre o contrato de concessão de atividades petrolíferas indicam: **(a)** a previsão de “foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, XV), no caso da primeira Lei; e **(b)** cláusula essencial que preveja “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, X).

E a Lei nº 10.233/2001, sobre a concessão de transporte aquaviários e terrestre, prevê que o contrato deverá ter, entre suas cláusulas essenciais, “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem” (art. 35, XVI).

Embora seja de conhecimento geral, lembra-se, por fim, que no exercício do instituto da arbitragem a decisão é proferida por árbitros e, salvo em casos excepcionais, a controvérsia não mais pode ser submetida

ao crivo do Poder Judiciário. É de se atentar para as disposições do novo CPC sobre o tema.

2.8 Extinção, prorrogação e renovação do contrato

2.8.1 Extinção do contrato (art. 59)

Dá-se a extinção com a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, por meio da rescisão e da anulação. O integral cumprimento ocorre com a conclusão do objeto e/ou com o término do prazo (quando o ajuste é por tempo determinado), como no caso da concessão de serviço público, por exemplo.

Quanto à rescisão, a abordagem foi feita no item 2.5.4.

A anulação é uma forma excepcional de extinção do contrato administrativo e somente pode ser declarada quando for verificada ilegalidade na sua formalização ou em cláusula essencial. A anulação do contrato administrativo é “ato declaratório de invalidade preexistente”, operando efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo às suas origens. Nesse sentido, é farta a jurisprudência. A ilegalidade autoriza a extinção do contrato pela via anulatória, devendo ser formalizada por decreto, despacho, ou termo circunstanciado, com a devida apresentação dos motivos da invalidade e dos dispositivos legais ou regulamentares infringidos.

Na esfera judicial só pode ser pedida a anulação do contrato por ilegalidade, o que se fará através de ações ordinárias anulatórias (vias comuns) ou mediante mandado de segurança ou ação popular (vias especiais), consoante o caso ou o direito subjetivo a ser protegido (MEIRELLES, 2015, p. 258-259).

2.8.2 Prorrogação do contrato

É o prolongamento de sua vigência além do prazo inicialmente fixado, com o mesmo contratado e mantendo-se as mesmas condições anteriores. Faz-se a prorrogação mediante termo aditivo e não depende de nova licitação. Não se deve confundir prorrogação contratual com prorrogação de prazo, pois esta se refere apenas à prorrogação do prazo de início, de etapas de execução, de conclusão ou entrega do objeto do contrato (art. 57 e §§), como, aliás, ensina MEIRELLES (2015, p. 259).

CARVALHO FILHO adverte que o estatuto licitatório, ao dispor sobre a prorrogação, prevê “apenas as hipóteses que podem ensejá-la (art. 57, § 1º), com a exigência de que sempre deverá ser justificada e previamente autorizada pela autoridade competente” (2015, p. 208).

É bom lembrar que não existe prorrogação com efeito retroativo, pois a lei não o autoriza. Logo, a prorrogação, quando for o caso, deve ser feita antes da extinção do contrato, observado, inclusive, o que dispõe o art. 38, parágrafo único. A prorrogação é *ato discricionário* da Administração.

Vide artigos. 58, I, e 65, § 1º.

2.8.3 Renovação do contrato

Diz a doutrina que a lei não disciplina a renovação do contrato administrativo, mas o admite, quando se trata de recontratação direta do atual contratado, como afiança MEIRELLES (2015, p. 259), desde que haja justificativas para tal em determinadas circunstâncias, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, quando ocorre, por exemplo, a necessidade de uma ampliação não prevista, mas executável de forma mais fácil com o pessoal e equipamento em atividade etc.

MEIRELLES, contudo, adverte que, normalmente, “a renovação do contrato é feita através de nova licitação, com observância de todas as formalidades legais”. E não é permitido estabelecer no edital quaisquer cláusulas “que favoreçam o atual contratado em detrimento dos demais concorrentes, a não ser aquelas que prevejam indenização por equipamentos ou benfeitorias a serem usados pelo futuro contratado” (2015, p. 259-260).

2.9 Principais contratos administrativos

2.9.1 Contrato de obra pública

2.9.1.1 Conceito

Tomando-se por base o conceito de obra (art. 6º, I), é todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma, fabricação recuperação ou ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público. (Vide art. 7º, incisos I a III, § 2º, III e art. 12).

CARVALHO FILHO conceitua cada item que constitui o objeto do contrato de obras, a saber:

A *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 de criação do bem. Na *recuperação* (que não deixa de ser uma reforma), contrata-se para o fim especial de restauração do bem (2015, p. 184).

O que caracteriza a *obra* para fins de contratação administrativa, diferenciando-a do *serviço*, é a predominância do *material* sobre a *atividade operativa*. Por fim, a *obra* é limitada no tempo e o *serviço público* tem caráter de continuidade.

2.9.1.2 Classificação da obra pública

A obra pública pode ser classificada em quatro modalidades de empreendimento, como o faz, por exemplo, MEIRELLES (2015, p. 280). São elas:

I – Equipamento urbano

São ruas, praças, estádios, monumentos; calçamentos e canalizações; redes de energia elétrica e de comunicação; viadutos, túneis, linhas de metrô e outros melhoramentos próprios das cidades.

II – Equipamento administrativo

São as instalações e aparelhamentos para o serviço administrativo em geral.

III – Empreendimentos de utilidade pública

São as ferrovias, rodovias, pontes, portos, aeroportos, canais, obras de saneamento, represas, usinas hidrelétricas ou atômicas e demais construções de interesse coletivo.

IV – Edifícios públicos

São as sedes de governo, repartições, escolas, hospitais, presídios e outros. Ao contrário dos projetos de obras de equipamentos urbanos, de equipamentos administrativos e de empreendimentos de utilidade pública, os projetos dos edifícios públicos devem atender as mesmas prescrições previstas no Código de Obras local para os edifícios particulares.

2.9.1.3 Condições específicas de contratação

A constante ocorrência de “algumas Administrações terem contratado obras aleatoriamente, muitas vezes sem qualquer necessidade, levou o legislador a estabelecer condições a serem observadas principalmente pelos órgãos públicos, tendo em vista a possibilidade de ser melhor aferido o interesse público gerador do ajuste”. Daí resulta que “uma dessas condições específicas é o *projeto básico* [art. 6º, IX], que é a definição prévia da obra a ser contratada”. Assim sendo, “a lei exige que antes mesmo da licitação o projeto básico esteja devidamente aprovado pela autoridade competente [art. 7º, § 2º]”.

A lei também prevê “o *projeto executivo* (art. 6º, X), instrumento que indica os elementos necessários à execução completa da obra. Embora já seja mais pertinente à fase de execução, trata-se também de condição necessária à consecução regular do contrato”, e deve, ainda, “obedecer ao requisito da *padronização* sempre que as obras se destinarem ao mesmo objetivo, salvo quando houver peculiaridade quanto ao local ou à natureza do empreendimento”.

Finalmente, dia CARVALHO FILHO:

Outra condição é a programação da *integralidade* da obra. Com efeito, havendo previsão orçamentária para a execução da obra, deve ser programada em sua totalidade, considerando-se os custos e os prazos de execução (art. 8º). A execução, porém, pode ser parcelada, não como regra, mas somente quando houver razões de ordem técnica e econômica, devidamente justificadas (art. 23, § 1º) (2015, p. 185).

2.9.1.4 Regime de execução (art. 6º, VII e VIII, e art. 10)

É o modo pelo qual se estabelecem as relações negociais entre as partes, tendo em vista a realização de seu objeto pelo contratado e a respectiva contraprestação pecuniária pela Administração.

2.9.1.4.1 Modalidades

I – Empreitada

É a mais usada pela Administração Pública e consiste na entrega ao particular da execução da obra por sua conta e risco, mediante remuneração previamente ajustada.

Quanto ao modo de remuneração, o regime de empreitada pode ser:

- a) empreitada por preço global (art. 6º, VIII, “a”): é aquela cuja execução é ajustada por preço certo, embora com reajustável, previamente estabelecido para o conjunto da obra.
- b) empreitada por preço unitário (art. 6º, VIII, “b”): é a que se contrata a execução por preço certo de unidades determinadas, sendo, inclusive, a modalidade apropriada para os “casos em que, nos termos do Código Civil (art. 614), a obra ‘constar de partes distintas’ ou for daquelas que ‘se determinam por medida’” (MEIRELLES, 2015, p. 282). As unidades que servem para moldar o ajuste de preço podem ser o metro quadrado de parede levantada, os pisos distintos de uma edificação, o metro cúbico de concreto aplicado, ficando o pagamento a ser feito após o recebimento de cada unidade pela Administração.
- c) empreitada por preço integral (art. 6º, VIII, “e”): é quando se contrata o empreendimento em sua integralidade, abrangendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob plena responsabilidade do contratado até a sua entrega ao contratante, dentro dos requisitos técnicos e legais indispensáveis.

II – Tarefa (art. 6º, VIII, “d”)

No regime de tarefa a execução de pequenas obras ou de parte de uma obra é ajustada por preço certo, global ou unitário, cujo pagamento é feito periodicamente, depois de feita a devida verificação ou medição pelo encarregado (fiscal) do contratante. Normalmente, o tarefeiro fornece apenas a mão de obra, mas nada o impede de fornecer também os materiais.

O importante mesmo é saber que o regime em comento é admitido nos casos de obras de pequenos valores, como as reformas e ampliações de pequena envergadura.

2.9.2 Contrato de serviço

2.9.2.1 Conceito

De acordo com o conceito de serviço previsto no art. 6º, II, é o ajuste que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados.

O que distingue o *serviço* da *obra* é a predominância da *atividade* sobre o *material*.

2.9.2.2 Tipos de serviço

Para fins de contratação pela Administração faz-se necessário distinguir os serviços em: comuns, técnicos profissionais e trabalhos artísticos, cujas características próprias hão de influir de forma diversa na forma e no conteúdo do contrato.

I – Comuns

São aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução; não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. Devem ser contratados mediante licitação e podem ser contratados por empreitada ou tarefa. Ex: serviço de pintura de um edifício etc.

II – Técnicos profissionais

São os que exigem capacitação profissional e *habilitação legal* para sua execução. Essa habilitação decorre do simples registro do profissional ou firma na repartição competente até a apresentação do diploma de curso médio profissionalizante ou superior. Ex: um serviço de engenharia.

Não é demais lembrar que o que caracteriza o serviço técnico é a *privatividade* de sua execução por profissionais habilitados.

Os serviços técnicos profissionais podem ser:

- a) **Generalizados:** são os que não demandam maiores conhecimentos, teóricos ou práticos, além dos normalmente exigidos do profissional. Sua contratação, quando for o caso, exige licitação.
- b) **Especializados:** exigem, por parte de quem os realiza, acurados conhecimentos por meio de estudos, exercício da profissão, pesquisa científica, cursos de pós-graduação etc. (**vide art. 13**).

Os serviços especializados não exigem licitação sempre que contratados com pessoas físicas ou jurídicas de *notória especialização*.

Notoriedade, como se sabe, é a fama consagradora do profissional (art. 25, II e § 1º), é o reconhecimento público da *capacidade profissional*, que excede a *habilitação profissional*.

ADILSON DALLARI adverte que não se deve confundir “notoriedade com popularidade”, arrematando que “não é necessário que o contratado seja tido como reconhecidamente capaz pelo povo, pela massa,

pelo conjunto dos cidadãos, pela coletividade. Basta que isso aconteça no âmbito daquelas pessoas que operam na área correspondente ao objeto do contrato” (2006, p. 62).

III – Trabalhos artísticos

São os serviços técnicos profissionais que têm em vista a realização de serviços considerados como “obras de arte”, nos diversos campos das chamadas “belas artes”, para os quais nem sempre se exige habilitação legal, mas, às vezes, o misto de teoria e prática. A contratação desse tipo de serviço depende de licitação, geralmente na modalidade concurso, ressalvado o disposto no art. 25, III.

2.9.3 Contrato de fornecimento

2.9.3.1 Conceito

É o contrato administrativo pelo qual a Administração adquire bens móveis e semoventes necessários à realização de obras ou à manutenção de serviços.

Alguns autores negam a existência desse tipo de contrato administrativo, pois o mesmo se confunde com o contrato de compra e venda do direito civil (art. 481, CC). Outros, porém, o admitem, pois se sujeita aos mesmos princípios gerais que disciplinam os demais contratos administrativos, tais como a obrigatoriedade de licitar e outros.

A Lei nº 8.666/1993 fala em compras nos artigos 6º, III, 14 a 16, mas só se refere ao fornecimento na seção referente a obras e serviços (art. 9º), como se fornecimento fosse apenas aquele vinculado a contratos de obras e serviços. Assim, consideramos de bom alvitre a utilização da expressão contrato de fornecimento, ao invés de contrato de compra e venda, até porque o Direito Administrativo deve, sempre que possível, ter os seus próprios institutos, diferenciados dos institutos dos ramos do Direito Privado.

2.9.3.2 Modalidades

Três são as modalidades do contrato de fornecimento, a saber:

I – Fornecimento integral

É quando a entrega deve ser feita de uma só vez e na sua totalidade. Assemelha-se mais ao contrato de compra e venda do Direito Civil.

II – Fornecimento parcelado

É o que se faz por partes, terminando a obrigação com a entrega da parte final da quantidade contratada.

III – Fornecimento contínuo

É a entrega sucessiva e perene de bens de consumo habitual ou permanente, como, por exemplo, combustível.

2.9.4 Contrato de concessão

2.9.4.1 Conceito

É o contrato pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe concede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições estabelecidas (art. 1º da Lei nº 8.987/1995).

2.9.4.2 Contrato de concessão de serviço público

É o que objetiva a transferência da prestação de um serviço público do seu titular (Poder Público) ao particular, cuja remuneração será a tarifa a ser paga pelos respectivos usuários. Nesse tipo de contrato é comum a fixação de um preço (ou taxa de administração) devido pelo concessionário ao concedente, a título de gerenciamento e controle da execução do contrato, a cargo do último. É um típico contrato de *colaboração*. **Vide item 2.3.3.**

Vide art. 175 da CF e art. 23 da Lei nº 8.987/1995, sobre a concessão de serviço público.

2.9.4.3 Contrato de concessão de obra pública

Objetiva delegar a um particular a execução ou exploração de uma obra pública ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração ao concessionário, paga pelos administrados (tarifa ou pedágio). Usa-se para a construção de estradas, viadutos, pontes e obras afins, a serem exploradas pelo construtor.

2.9.4.4 Contrato de concessão de uso de bem público

Tem por fim outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração, de acordo com a sua destinação específica, a exemplo de um hotel (o “Velho Chico”, em Propriá (SE), por exemplo, que se encontra

em condições precárias, um restaurante (como o “Cacique Chá”, há poucos dias reaberto como bistrô, em Aracaju - SE), um logradouro turístico (Parque dos Cajueiros, ou parte de suas instalações, como o restaurante, a casa de seresta, também em Aracaju), uma área de mercado pertencente ao Poder Público, como ocorria, por exemplo, com o mercado central de Porto Alegre, na década de 1990 etc.

É um típico contrato de atribuição, pois normalmente interessa mais ao concessionário que à coletividade. A concessão de uso pode ou não ser remunerada e apresenta duas modalidades, que são:

I – Concessão administrativa de uso, também chamada concessão comum de uso

É o que apenas confere ao concessionário um direito pessoal intransferível a terceiros.

II – Concessão de direito real de uso

Foi instituída pelo Decreto-Lei nº 271, de 25 de fevereiro de 1967, atribui o uso do bem público como direito real transferível a terceiros por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária. Embora possa ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, a sua finalidade só pode ser a que vem expressa no art. 7º do citado DL, ou seja, para fins de urbanização, industrialização, edificação e cultivo de terra ou outra utilidade social. Se a destinação for alterada, resolve-se o contrato e o concessionário perde as benfeitorias de qualquer natureza.

2.9.5 Contrato de gerenciamento

É aquele em que a Administração comete ao gerenciador a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final e assumindo a responsabilidade pelos encargos financeiros da execução do contrato.

O gerenciamento é uma atividade técnica de mediação entre o patrocinador da obra e seus executores. No gerenciamento, diz MEIRELLES (2015, p. 291), “o gerenciador não representa a entidade ou órgão que o contratou, nem age em seu nome, mas atua para ele”, ou seja, presta-lhe um serviço técnico especializado. É oportuno lembrar que a Lei nº 8.666/1993 inclui o gerenciamento entre os serviços técnicos profissionais especializados (art. 13, IV, e 25, II).

2.10 Contrato de gestão

É o ajuste celebrado entre a Administração Pública direta e entidades administrativas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou entidades privadas, com o objetivo de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade contratada, tendo como contrapartida um benefício concedido pelo Poder Público.

Há quem afirme que não se trata de um contrato propriamente dito, pois que não se configuram interesses contraditórios. Deveria, dizem, ser convênio ou outro tipo de ajuste. De qualquer forma, o contrato deve ser por tempo determinado, sujeitando a entidade contratada a controle para verificação do cumprimento das metas estabelecidas.

O contrato de gestão, como afirma MEIRELLES, “havia sido previsto como o instrumento formador da parceria entre o Poder Público e as *organizações sociais* [Lei nº 9.637/1998] para a prestação de serviços não exclusivos do Estado; foi também contemplado como forma de permitir maior autonomia às fundações e autarquias que realizassem um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, qualificando-as como agências executivas (Lei nº 9.649/1998, art. 51)” (2015, p. 293).

A EC nº 19/1998 acrescentou ao art. 37 o § 8º, alterando as exigências de controle, ao estabelecer a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública. O dispositivo não menciona explicitamente o contrato de gestão, mas a doutrina tem entendido que a ele quis se referir, daí ser a sua base constitucional, no ponto de vista doutrinário.

Com relação aos órgãos da Administração direta há um óbice, que dificulta a aplicação do preceito constitucional, uma vez que os órgãos públicos não têm personalidade jurídica própria, como, aliás, foi estudado no Direito Administrativo I. E no que concerne aos administradores do órgão, consoante dispõe o preceito em comento, também parece inviável a aplicação, pois esses agentes já são servidores públicos. Como, então, a Administração contratar com eles, se os mesmos já se submetem ao regime de trabalho próprio (celetista ou estatutário)?

O que MEIRELLES admite, conforme dispuser a lei, “é a existência de um *acordo de programas* que viesse a permitir certa autonomia do órgão [...], maiormente para o fim de determinar a aplicação de recursos orçamentários decorrentes da economia com despesas correntes, conforme

prevê o § 7º do art. 39 da CF, com a redação da EC nº 19/98” (2015, p. 293).

O autor citado ainda faz a distinção entre o contrato de gestão previsto na CF (art. 37, § 8º) com o contrato de gestão previsto na Lei nº 9.637/1998, que vem a ser o “instrumento jurídico apto a reger a relação entre o Poder Público e entidades privadas, sem fins lucrativos, que cumprem os requisitos especificados na lei, qualificadas como *organizações sociais*, para fomento e execução de atividade de interesse público” (2015, p. 294).

2.11 Termo de parceria

A Lei nº 9.790/1999 criou o *termo de parceria*, que o definiu, no art. 9º, como o “instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público [OSCIP] destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, previstas no art. 3º”.

Vide art. 241 da CF, com a redação da EC nº 19/1998.

O termo de parceria (ou *termo de cooperação*, como preferem alguns autores) assemelha-se ao contrato de gestão, em muitos aspectos (**vide arts. 5º e 6º da Lei nº 9.637/1998**), inclusive no aspecto de não apresentar interesses contraditórios. Ou seja, o termo de parceria não é contrato propriamente dito. Não se deve confundir a parceria aqui estudada com a parceria público-privada, que se trata de nova modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, cujo tema será abordado no **capítulo 3**.

MEIRELLES lembra, com propriedade, que:

O Regulamento da lei estabelece que a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para a celebração do termo de parceria poderá ser feita por meio de concurso de projetos a ser efetuado pelo órgão estadual parceiro, cujos termos constam dos arts. 23 e ss (2015, p. 297).

As três esferas administrativas têm feito uso corrente de termos de parceria.

2.12 Contrato de rateio e contrato de programa

São contratos que regulam obrigações decorrentes de consórcio público, na forma da Lei nº 11.107, de 06.04.2005 (arts. 8º e 13, respectivamente). O tema será abordado no item a seguir.

2.13 Contrato de consórcio público

Na compreensão de BANDEIRA DE MELLO, o contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: “a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona”. E diz que “os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns” (2015, p. 686).

E diz ainda que “convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes” (2015, p. 686).

Consórcios públicos, na visão de MEIRELLES, “são pessoas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrentes de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos” (2015, p. 462).

CARVALHO FILHO, examinando o delineamento jurídico dos consórcios públicos, diz que se pode afirmar “que sua *natureza jurídica* é a de *negócio jurídico plurilateral de direito público* com o conteúdo de *cooperação mútua entre os pactuantes*” (2015, p. 231).

A Lei nº 11.107, de 06.04.2005, *fulminou* a tradicional doutrina sobre consórcios, personalizando-os como de Direito Público ou de Direito Privado. Dita Lei tem por base os artigos 22, XXVI e 241, da CF. A Lei dispõe sobre normas gerais para as três esferas administrativas (*lei nacional*), que podem contratar consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum (art. 1º). Assim, cada ente político deverá, ao legislar sobre a matéria, observar as disposições da Lei mencionada.

BANDEIRA DE MELLO sustenta, com razão, que o consórcio com personalidade jurídica de Direito Privado é “autêntica aberração”.

Entretanto, ainda que “constituído sob forma de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º)” (2015, p. 687).

Sobre a realização de licitação, BANDEIRA DE MELLO explicita:

É claro que para a realização de consórcios não há necessidade de licitação, assim como também não será necessária para que o consórcio trave contrato com a Administração direta ou indireta (art. 2º, § 1º, III); mas, evidentemente, fora desta hipótese ter-se-á que licitar, na forma da legislação pertinente (2015, p. 687).

É imperioso atentar para a lição de MEIRELLES:

A Lei veda a celebração de contrato ou outro instrumento, como o acordo, que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades nela previstas. O descumprimento dessa proibição poderá caracterizar ato de improbidade administrativa, previsto no inciso XIV, do art. 10, da Lei nº 8.429/1992, introduzido pelo art. 18, da Lei nº 11.107, que também acrescentou o inciso XV, que definiu como ato de improbidade “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei” (2015, 463).

De acordo com o § 2º, do art. 1º, da Lei nº 11.107/2005, a União somente poderá participar de consórcios públicos dos quais, também, façam parte os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados, a fim de que sejam respeitados os princípios federativos. Cada ente federado só pode consociar-se mediante autorização legislativa (art. 5º, *caput*). E devem ser observados os limites constitucionais de cada ente federado na determinação dos objetivos dos consórcios (art. 2º, *caput*).

O art. 16 da Lei nº 11.107/2005 deu nova redação ao inciso IV, do art. 41, do Código Civil, incluindo, ao lado das autarquias, as *associações públicas*, pois quando o consórcio se submeter aos ditames do direito público, constituir-se-á em associação pública. Daí, segundo MEIRELLES:

[...] quando de direito público, o consórcio público constitui *associação pública autárquica*, regendo-se pelas disposições das autarquias, e pelas normas especiais da Lei nº 11.107, integrando a administração indireta de todos os entes da federação consorciados (§ 1º do art. 6º). É, digamos, uma *autarquia interfederativa*, de dois ou mais entes federados (2015, p. 463).

Todavia, caso o consórcio público seja pessoa de direito privado, deverá observar “as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de

pessoal, que será regido pela CLT (§ 2º do art. 6º), mas a Lei não o inseriu na administração indireta, fato que deve ser levado em conta na fixação das competências a serem transferidas ao consórcio (cf. art. 4º, XI, “a”)” (MEIRELLES, 2015, p. 464). No mesmo sentido já o disse BANDEIRA DE MELLO.

Claro está que a constituição do consórcio público se dará mediante *contrato*, “cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções, devidamente publicado na imprensa oficial e *ratificado*, mediante lei de cada um dos entes contratantes” (MEIRELLES, 2015, p. 465). Sem a *ratificação*, que equivale à *autorização*, é *nula* a participação do ente federado.

O contrato pode ter cláusula prevendo a celebração por apenas uma parcela dos entes federados que subscreveram o protocolo de intenções, como dispõe o art. 5º, e seu § 1º. Vale dizer, por exemplo, que cinco Estados-membros subscreveram o protocolo de intenções, mas apenas três deles celebraram o contrato, conforme cláusula que assim o permita.

Os consórcios públicos poderão realizar licitação, da qual, nos termos do edital respectivo, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados, sendo facultado à entidade interessada acompanhar a licitação e a execução do contrato (§§ 1º e 2º, do art. 112, da Lei nº 8.666/1993, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.107/2005).

O art. 13 da Lei nº 11.107/2005 prevê que as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente ou para com o 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 como condição de sua validade, deverão ser constituídas e reguladas por *contrato de programa* (**vide item 2.12**).

Diz MEIRELLES que:

Desde que haja previsão no contrato de consórcio público, ou em convênio de cooperação, 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, o qual será automaticamente extinto caso o contratado deixe de integrar essa administração indireta (§§ 5º e 6º do art. 13) (2015, p. 468).

Para CARVALHO FILHO, o *contrato de programa* “constitui *condição de validade* da constituição e regulação de obrigações que uma

pessoa da federação assuma para com outro ente estatal ou para com consórcio público, com o objetivo de implementar *gestão associada* através da qual sejam prestados serviços públicos ou transferidos, total ou parcialmente, encargos, serviços, pessoal ou bens necessários à consecução dos serviços transferidos” (2015, p. 236).

Na verdade, diz ele, citando DI PIETRO, que “o que pretende a lei é que o ente participante não se aventure no consórcio, mas, ao revés, que dele participe para ‘*implementar, de forma programada*, a gestão associada de serviços públicos’” (2015, p. 236).

O art. 8º da Lei nº 11.107/2005 instituiu, ainda, a figura do ***contrato de rateio*** (vide item 2.12), que CARVALHO FILHO diz ser “negócio jurídico plurilateral de direito público – que se constitui como pressuposto para que os entes consorciados transfiram recursos ao consórcio público, sempre com observância das normas previstas na Lei Complementar nº 101/2000, que dispõe sobre a responsabilidade pela gestão fiscal” (2015, p. 237). Constituirá caso de improbidade administrativa (art. 10, inciso XV, da Lei nº 8.429/1992, com o acréscimo feito pela Lei nº 11.107/2005) a celebração de contrato de rateio de consórcio sem prévia e suficiente dotação orçamentária ou sem a observância das exigências impostas na lei.

Assim como a *constituição* do consórcio público dependerá de autorização legislativa, para fins de dar estabilidade e segurança jurídica ao próprio consórcio e aos consorciados, a *alteração*, a *retirada* e a *extinção* do contrato de consórcio também dependem de lei.

Na esfera federal, o Decreto nº 5.507, de 05/08/2005, determinou que os consórcios públicos que utilizem recursos repassados pela União deverão utilizar, compulsoriamente, o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns.

Finalmente, o “consórcio público distingue-se do *convênio* em razão de este não possuir personalidade jurídica, e da *região metropolitana* prevista no art. 25, § 3º, da CF [...], porque, além de esta não ser pessoa jurídica, a integração da organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum são objetivos *genéricos*, o que não ocorre com o consórcio público, que tem objetivos concretos e especificados no respectivo contrato, o qual pode, inclusive, prever a execução dos objetivos da própria região metropolitana” (MEIRELLES, 2015, p. 469-470).

2.14 Contrato de parceria público-privada/PPP

De acordo com a Lei nº 11.079/2004, art. 2º, que instituiu normas gerais para sua contratação no âmbito da Administração Pública, “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade *patrocinada* ou *administrativa*”.

É preciso, contudo, distinguir *concessão patrocinada* de *concessão administrativa*. Patrocinada é “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, §1º). E 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” (art. 2º, § 2º).

Para a celebração de contrato de parceria público-privada é necessário atribuir ao particular parceiro o encargo de realizar investimento inicial mínimo de R\$ 20 milhões. O prazo do contrato varia entre 5 e 35 anos. E o “objeto do contrato não pode envolver apenas o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”. E o particular contratado “deve, necessariamente, assumir prestação de serviços relacionados à manutenção da infraestrutura construída ou recuperada no bojo da contratação” (MEIRELLES, 2015, p. 298).

2.15 Convênios administrativos

No entendimento de MEIRELLES, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes” (2015, p. 499).

Ainda segundo MEIRELLES, o “convênio é acordo, mas não é contrato” (2015, p. 500). E diz ele:

No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões (2015, p. 500).

Foi visto, contudo, no **item 2.13**, que BANDEIRA DE MELLO considera os convênios formadores de um tipo de contrato. Assim, ele os

define como “contratos realizados quer entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte criação de pessoas jurídicas – o que os faz distintos dos consórcios” (2015, p. 689).

Já CARVALHO FILHO sustenta que são considerados “convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estes e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público” (2015, p. 227).

Complementando sua compreensão, diz:

Como bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.

No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro procurado por celebrar contrato (2015, p. 227).

No convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, igual para todos, podendo haver tão somente diversificação na cooperação de cada um, de acordo com suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, que todos almejam. A *igualdade jurídica* e a *ausência de vinculação contratual* entre os partícipes fazem com que qualquer partícipe possa denunciá-lo e retirar sua cooperação quando assim o entender, restando responsabilidade tão só pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo.

Leciona MEIRELLES que:

A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. Nossas Administrações, entretanto, têm confundido, em muitos casos, o *convênio* com o *contrato administrativo*, realizando este em lugar e com denominação daquele, o que dificulta sua interpretação e execução (2015, p. 500).

A Carta Magna não mencionava expressamente o convênio, mas não impedia sua celebração, como instrumento de cooperação associativa, segundo se infere de seu art. 23, parágrafo único. Por outro lado, a Lei nº 11.107/2005 permite à União celebrar convênios com os consórcios públicos (art. 14).

Os convênios como instrumentos de cooperação participativa, podem ser firmados “quer entre os entes federados, quer entre estes e entidades privadas que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes” (MEIRELLES, 2015, p. 500-501).

A CF, em sua redação original, não se referia explicitamente aos convênios, mas a EC nº 19, de 4 de junho de 1998, deu nova redação ao art. 241, dispondo sobre os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados.

Para BANDEIRA DE MELLO, “só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos” (2015, p. 689). E adiciona:

Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade (2015, p. 689).

É de bom alvitre concordar com BANDEIRA DE MELLO, na abordagem acima. Se a entidade privada tiver fins lucrativos, deve-se com ela celebrar contrato do tipo, como diz o autor citado, “em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos” (2015, p. 686). Por outro lado, deve-se, sim, resguardar o princípio da igualdade. Exemplificando: se o Estado de Sergipe, através da Secretaria de Estado da Educação, pretende celebrar um convênio com uma entidade sem fins lucrativos de um dado Município, que se volta para determinado objetivo educacional, somente deverá fazê-lo se esta for a única que atenda ao interesse do Estado naquela localidade. Se existirem mais de uma entidade que cuide do mesmo objetivo educacional, ou o Estado celebra com todas, ou há de buscar alguma singularidade procedimental, que lhe permita escolher uma delas, assegurando a prevalência do princípio da isonomia.

MEIRELLES argumenta que:

A organização dos convênios não tem forma própria, mas sempre se fez com autorização legislativa e recursos financeiros para atendimento dos encargos assumidos no termo de cooperação (2015, p. 501).

Porém, o autor explica que “o STF vem decidindo que é inconstitucional a norma que exige autorização legislativa, por ferir a independência dos Poderes”. O autor citado discorda do pensamento da Corte Suprema (2015, p. 501).

A Lei das Licitações (art. 116) determina a incidência de seus dispositivos, no que for cabível, a todos os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, estabelecendo, em seus parágrafos, uma série de formalidades que devem ser cumpridas, sobretudo quando houver repasse de recursos da entidade pública à organização privada interessada.

3 SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 Introdução

Enquanto membros da sociedade, os administrados necessitam desfrutar de comodidades e utilidades. Algumas podem ser atendidas por meio dos recursos próprios de cada indivíduo. Outras, contudo, só podem ser contempladas através de atividades próprias da Administração Pública. São as chamadas necessidades coletivas públicas. E cabe à Administração Pública prestá-las de forma segura e perene.

GILLES GUGLIELMI dá-nos um bom apanhado das necessidades coletivas públicas:

La satisfacción eficiente de las *necesidades colectivas públicas y comuns* son la medida de la vida, su calidad y su verdad. La realidad del mundo que nos circunda pone la vida entre paréntesis, condicionada al acceso y a la calidad de los servicios públicos, como derechos fundamentales de la vida misma y sus circunstancias (2004, p. 18).

Todas as atividades da Administração Pública, voltadas para o oferecimento de utilidades e comodidades, na forma da lei, constituem serviços públicos, quando, “em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado ‘poder de polícia’)”, como ensina BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 694).

GASPARINI lembra com muita propriedade que não “é fácil oferecer a noção de serviço público”, e, necessariamente, a “dificuldade mais se acentua na medida em que os serviços variam segundo as necessidades e contingências políticas, sociais e culturais de cada comunidade e época”. Acrescenta ele que os “serviços religiosos já foram tidos como públicos (veja-se o caso do Império do Brasil), e os serviços de exploração de cassinos são, em certos países, serviços públicos, a exemplo do que ocorre em Mônaco”. Já no “Brasil, os serviços de loterias (loteria federal, esportiva, mega-sena, dupla-sena, timemania, lotofácil, quina etc.) são públicos” (2009, p. 295).

3.2 Serviço público em sentido amplo

Segundo as explanações de DI PIETRO, “as primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola do Serviço

Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado” (2015, p.133).

Não é demais lembrar que estudamos a Escola do Serviço Público no semestre anterior, quando falamos sobre o conceito de Direito Administrativo e sobre o seu objeto. Essa Escola congregou muitos doutrinadores franceses, como LÉON DUGUIT, GASTON JÈZE, ROGER BONNARD e tantos outros, que acabariam influenciando doutrinadores pelo mundo afora, como LAUBADÈRE e ROLLAND, na própria França, RAFAEL BIELSA, na Argentina, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, no Brasil etc.

DUGUIT e BONNARD consideravam o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abarcando todas as funções do Estado. Para aquele, o Direito Público girava em torno da noção de serviço público. Entre nós, MÁRIO MASAGÃO e CRETELLA JÚNIOR conceituam os serviços públicos de forma ampla. Já MEIRELLES apresenta um conceito menos abrangente, embora DI PIETRO ainda o considere amplo, “porque não distingue o poder de polícia do serviço público” (2015, p. 136).

3.3 Serviço público em sentido restrito

Poucos são os conceitos que entendem o serviço público como o conjunto de atividades inerentes à Administração Pública, excluindo as funções legislativa e jurisdicional. Inclusive, quem assim o faz, considera-o como “uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado” (DI PIETRO, 2015, p. 137). Ou seja, parte-se da distinção entre a atividade jurídica e a atividade social do Estado.

De acordo com CAIO TÁCITO, na atividade jurídica “atende-se à preservação do direito objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas”, correspondendo ao poder de polícia. Nesta (social), “a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares”. Corresponde aos serviços públicos propriamente ditos (*Apud* DI PIETRO, 2015, p. 137).

BANDEIRA DE MELLO apresenta conceito pouco abrangente, como se verá adiante. O seu conceito é, por demais, restrito, no entendimento de DI PIETRO, ao falar em “utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados” (2015, p. 137). Assim, seriam serviços públicos, por exemplo, o de distribuição de água e energia, de transportes coletivos, dentre outros, que são fruíveis diretamente pelos administrados.

Mas é sabido que existem outros tipos de serviços “que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade” (DI PIETRO, 2015, p. 137). Nesse caso, têm-se os serviços administrativos do Estado, prestados internamente, os serviços diplomáticos, os trabalhos de pesquisa científica, que somente beneficiam a coletividade de forma indireta, como diz a citada mestra.

3.4 Conceito

Como não poderia deixar de ser, o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina; isso, aliás, já se pôde perceber. Nesse sentido, diz CARVALHO FILHO:

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem (2015, p. 331).

3.4.1 Critérios definidores

Inicialmente, os autores adotavam três critérios para definir os serviços públicos:

I – o subjetivo ou orgânico, que leva em consideração a pessoa jurídica que presta a atividade; logo, serviço público seria aquele prestado pelo Estado;

II – o objetivo ou material, que leva em conta o seu objeto, ou seja, a atividade exercida; assim, serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;

III – o formal, que considera o regime jurídico; dessa forma, serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

3.4.2 Evolução

Ao surgirem as primeiras noções de serviço público, na época do liberalismo, em que essa espécie de serviço abrangia as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob o regime jurídico publicista, era plenamente válida a combinação dos três critérios acima citados.

Com o passar do tempo, contudo, ocorreram fatos que ensejariam a não combinação de tais critérios. Primeiramente, o Estado afastou-se dos

princípios do liberalismo e ampliou o seu rol de atividades, passando a considerar como serviços públicos algumas atividades até então tidas como comerciais e industriais, e que antes eram reservadas à iniciativa privada. São os chamados serviços mercantis e industriais do Estado, a exemplo dos serviços de distribuição de energia e de água encanada, que o neoliberalismo está entregando à iniciativa privada, como temos visto nos dias correntes, no Brasil.

Por outro lado, verificou-se outro fenômeno não menos importante, quando o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada para a prestação desse tipo de atividade. Logo, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, em seguida, através de pessoas jurídicas de Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), para a execução sob o regime jurídico predominantemente privado.

Assim, foram afastados dois elementos: o subjetivo e o formal. O primeiro (subjetivo), porque não mais se compreende que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviços públicos, uma vez que particulares e pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas pelo Estado, também prestam tais serviços, aqueles por delegação e estas por outorga. Aliás, isso foi visto, no semestre passado, quando do estudo da Administração Pública, embora alguns não façam distinção entre delegação e outorga. Já o segundo (formal), porque nem todo serviço público é prestado sob o regime jurídico exclusivamente público. O primeiro critério arrasta o segundo.

Desde então, passou-se a falar numa crise na noção de serviço público. Daí, alguns autores, como LOUIS CORAIL e JEAN RIVERO, consideram que os três critérios já não são essenciais para conceituar o serviço público.

3.4.3 Conclusões relativas ao conceito

Seguindo o exemplo de DI PIETRO (2015, p. 140-141), podemos concluir que:

I – a noção de serviço público mostrou-se dinâmica, com o avançar do tempo, havendo uma ampliação na sua abrangência (inclusão de atividades de natureza comercial, industrial e social);

II – cabe ao Estado, na forma da lei, definir quais as atividades que, em determinada época, são consideradas serviços públicos;

III – a noção de serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;

IV – não se pode considerar, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; na verdade, pode-se fazer uma graduação dentre eles, partindo-se dos que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução), passando pelos que consideram as atividades administrativas, excluindo-se as demais, embora sem distinguir o serviço público do poder de polícia, até chegar àqueles que restringem ainda mais, a fim de distinguir o serviço público das outras atividades da Administração Pública.

3.4.4 O que é, enfim, serviço público

Para MEIRELLES “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” (2015, p. 408).

Entende BANDERIA DE MELLO que:

Serviço público “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (2015, p. 695).

Já DI PIETRO diz que serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público” (2015, p. 141).

Em qualquer dos conceitos acima mencionados, há um importante traço de unidade, que é a prestação dos serviços públicos de forma direta ou indireta.

3.5 Serviços públicos no direito positivo brasileiro

3.5.1 Na Constituição

Os serviços públicos são instituídos pela Constituição Federal e, de acordo com suas disposições, distribuídos entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, a quem cabe, na forma da competência que lhes é atribuída, a regulamentação, execução e controle.

A Constituição Federal determina a prestação de serviços públicos pelo Poder Público (art. 175), cabendo à lei, na forma do parágrafo único, dispor sobre o regime de delegação (inciso I), os direitos dos usuários (II), a política tarifária (III) e a obrigação de manter serviço adequado (IV). A Constituição também dispõe sobre as reclamações referentes à prestação de tais serviços (art. 37, § 3º, I).

Há serviços que a CF impõe a sua prestação ao Estado e à família, com a colaboração da sociedade (art. 205). Há serviços que a CF os considera relevantes (art. 197) ou essenciais (art. 30, V). E não se podem esquecer os serviços especificamente delegados (art. 236).

3.5.2 Na legislação infraconstitucional

A lei segue os passos da Constituição e, nesse sentido, o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) estabelece, no art. 3º, que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados” que prestam serviços. O art. 6º, X, do mesmo Código considera como direito básico do usuário “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Por sua vez, o art. 22 obriga o Poder Público ou seus delegados “a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Dispõe, ainda, sobre os meios para o cumprimento de tais obrigações e sobre a reparação dos danos (art. 22, p. único).

Alude-se ainda, dentre outros diplomas legais, às Leis nº 8.987/1995 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos) e nº 11.445/2007 (Lei Nacional do Saneamento Básico).

3.6 Classificação

Os serviços públicos são classificados de acordo com vários critérios. No presente estudo serão levados em conta os seguintes critérios:

3.6.1 Quanto à entidade a quem foram atribuídos (titularidade)

I – Federais (competência da União):

- a) **Privativos:** art. 21, CF. Destes, cabe destacar a defesa nacional (inciso III), a emissão de moeda (inc. VII), o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X), os serviços de telecomunicações em geral (incs. XI e XII), os serviços de radiodifusão sonora e de som e imagens (inc. XII, “a”), os serviços de energia elétrica (inc. XII, “b”), de navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura portuária (inc. XII, “c”), de transporte interestadual e internacional (inc. XII, “d” e “e”), a defesa contra calamidades públicas (inc. XVIII), os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inc. XXII), os serviços nucleares de qualquer natureza (inc. XXIII). Alguns desses serviços só podem ser prestados diretamente pela União; outros admitem execução pela via indireta, através de delegação (concessão ou permissão, ou, ainda, autorização, no caso do inciso XII, “a”).
- b) **Comuns:** art. 23, CF (permitem atuação paralela dos demais entes federativos, ou seja, dos Estados-membros, aí incluído o DF, e dos Municípios). Lei complementar deverá fixar normas referentes à cooperação entre as três esferas estatais, com vistas ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único). Atente-se que para os serviços de saúde a Constituição já decidiu a forma de sua prestação, que deve ser feita através de um sistema único de saúde (o SUS), envolvendo todos os entes estatais (art. 198).

II – Estaduais (competência dos Estados-membros)

A competência do Estado-membro para a prestação de serviços públicos não foi discriminada pela Constituição Federal, uma vez que ali estão enunciadas as matérias reservadas à União e as que competem de forma comum às entidades estatais (arts. 21 e 23, respectivamente, como, aliás, foi visto antes), deixando as remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º), ou seja, a competência estadual para prestar serviços públicos dá-se por exclusão, salvo o caso da distribuição de gás canalizado, conforme dispõe o art. 25, § 2º. Logo, se o serviço não for reservado à União, nem ao Município, é estadual. Como diz MEIRELLES, “cabem ao Estado os serviços e obras que ultrapassam as divisas de um Município ou afetam interesses regionais [como ocorrem, por exemplo, nas regiões metropolitanas]. Pela mesma razão, compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de

habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual” (2015, p. 423).

III – Municipais (competência dos Municípios)

São os previstos no art. 30 (incisos V, VI e VII). É preciso observar, como ensina GASPARINI, que o interesse local ao qual se refere o art. 30 “não é outra coisa senão aquele que prepondera, que sobressai quando confrontado com o do Estado-membro ou com o da União” (2009, p. 297).

IV – Distritais (competência do Distrito Federal)

Ao DF compete por extensão os serviços reservados aos Estados-membros e aos Municípios (art. 32, § 1º).

3.6.2 Quanto à essencialidade

I – Essenciais (ou de necessidade pública)

São chamados serviços públicos propriamente ditos, pois a sua prestação dá-se diretamente pela Administração Pública, tendo em vista a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. São também denominados serviços *pró-comunidade*. Ex: defesa nacional, segurança pública, preservação da saúde pública, serviços de polícia administrativa (decorrentes do exercício do poder de polícia), serviços judiciários. São essenciais por natureza ou por definição legal.

II – Não essenciais (ou de utilidade pública)

São aqueles cuja execução pode dar-se pela Administração ou por particulares, sob a regulamentação e controle da Administração, visando a facilitar a vida do indivíduo na coletividade. Ou seja, o Estado os presta de acordo com a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade). São também denominados serviços *pró-cidadão*. Ex: serviços de distribuição de energia elétrica, telefonia etc.

3.6.3 Quanto aos destinatários

I – Gerais (*uti universi*)

São aqueles que atendem a toda a população administrada e denominam-se indivisíveis, porque não podem ser medidos na sua utilização; devem ser mantidos pelos impostos que os contribuintes pagam, e não por taxa ou tarifa, que servem para remunerar serviços mensuráveis; satisfazem a população sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer

administrado à sua obtenção, para sua casa, sua rua ou seu bairro. Ex: segurança pública, iluminação pública etc. Com relação à iluminação pública, a súmula 670 do STF já prescrevia: “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”. Finalmente, a Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, acrescentou ao texto constitucional o art. 149-A, autorizando os Municípios e o Distrito Federal a instituírem “contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observando o disposto no art. 150, I e III”.

II – Específicos (*uti singuli*)

Esses serviços satisfazem usuários certos e são denominados divisíveis, pois podem ser medidos na sua utilização, que é particular, ou seja, mensurável para cada usuário. Uma vez implantados esses serviços geram direito subjetivo à sua obtenção para todos que se encontram na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam, em contrapartida, as exigências regulamentares. São remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), a depender de quem os presta. Se, por exemplo, for uma autarquia a prestadora de determinado serviço, a remuneração dar-se-á por taxa. Mas se for uma empresa, pública ou privada, dar-se-á a remuneração por tarifa. Ex: serviços de água encanada e esgotamento sanitário, serviços de telefonia, serviços postais etc.

3.6.4 Quanto à obrigatoriedade da utilização (trata-se, na verdade, de uma espécie de desdobramento dos serviços *uti singuli*)

I – Compulsórios

São impostos aos administrados, na forma da lei, com vistas ao bem da coletividade. Se remunerados, a maioria da doutrina, seguida pela jurisprudência, sempre entendeu que o são por taxa e o seu fornecimento não pode ser interrompido, mesmo na hipótese da falta de pagamento, pois se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário, não pode suprimi-lo por falta de pagamento. Como a remuneração é por taxa, poderá ocorrer a sua cobrança executiva. Podem ser tomados como exemplos os serviços de coleta de esgotos, de coleta de lixo, de vacinação obrigatória, de distribuição de água, em alguns casos etc. Mas é preciso que a lei assim o defina, como está dito acima. E a lei deve emanar da entidade federativa competente, ou seja, se o serviço, por exemplo, for de competência municipal, a lei que determina a sua obrigatoriedade, deve, claro, ser editada pelo Município.

Alguns, contudo, também sempre entenderam que se o serviço fosse prestado mediante concessão poderia ser cobrado por preço público. Vale

dizer, *in casu*, tarifa. Nesse sentido, por exemplo, é a lição de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL:

Quando o serviço é prestado indiretamente pelo Poder Público ao usuário, mediante concessão, é por este remunerado mediante tarifa. Esta é paga pelo usuário diretamente à concessionária, pela prestação efetiva do serviço (1996, p. 19).

Sobre a cobrança dos serviços em comento, é bom lembrar que, na vigência da Carta de 1967, a Lei Federal nº 6.528, de 11 de maio de 1978, já estabelecera a cobrança de *tarifas* pelas companhias estaduais de saneamento básico.

No tocante à cobrança desses serviços por taxa ou por tarifa, a jurisprudência do STJ vem sendo atualizada. No Recurso Especial nº 20.741 – Distrito Federal (DJ de 03/06/1996) o Relator, Ministro ARI PARGENDELER, finalizou o voto, considerando que, apesar de o serviço de água em Brasília ser obrigatório, por disposição normativa, “*o consumo de água, no entanto, não é obrigatório*”. E finaliza, dizendo que “*a respectiva tarifa é cobrada pelo consumo, e não pelo serviço posto à disposição, hipótese em que seria taxa*”.

Do Supremo Tribunal Federal pode-se colher o voto proferido pela ministra ELLEN GRACIE, em 11 de junho de 2002, no RE 201630 AgR/DF, com publicação no DJ, em 02/08/2002:

[...]

Por entender correta essa posição [refere-se à decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios], neguei seguimento ao extraordinário, pelo despacho ora impugnado, que se fundou em jurisprudência já há muito consolidada nesta Corte, no sentido de que o serviço de fornecimento de água é submetido ao regime de preço público e não taxa, como manifestado no ERE 54.491/PE e nos RREE 85.268-PR e 77.162/SP [...].

No mesmo sentido, ou seja, considerando a cobrança pela prestação dos serviços de água e esgoto mediante tarifa, é o voto do Ministro CARLOS VELLOSO, também do STF, enquanto Relator, no RE-ED (Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário) 447536/SC, julgado em 28.06.2005, na 2ª Turma, dizendo a respectiva ementa que a “*jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se trata de tributo, mas de preço público, a cobrança a título de água e esgoto*”, considerando os precedentes da Corte.

Tratando-se, como está dito acima, de jurisprudência consolidada, muitas têm sido as decisões de Ministros relatores nesse sentido.

A legislação federal, ao menos no caso dos serviços públicos de saneamento básico (Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007), prevê, a depender do tipo de serviço, a cobrança por taxa ou tarifa (art. 29, I, II e III). Se o serviço for de abastecimento de água potável e for prestado por uma autarquia, como se dá com os Serviços Autônomos de Água e Esgotos de alguns municípios a cobrança será por taxa. Mas se o serviço for prestado por empresa concessionária (como é o caso da SABESP), a cobrança será por tarifa, pois, em princípio, não poderia uma entidade de Direito Privado instituir e cobrar taxas.

Deve ser lembrado que, na forma da lei citada, saneamento básico é compreendido como o “conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável; b) esgotamento sanitário; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas” (art. 3º, I, “a” a “d”).

II – Facultativos

São aqueles colocados à disposição dos usuários sem lhes impor a utilização. Se remunerados, o são por tarifa e o seu fornecimento pode ser interrompido se não houver pagamento. Nesse sentido, dispõe o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995. Ex: transporte coletivo, serviço de distribuição de água [onde não houver lei que o torne obrigatório] ou de energia elétrica. Nos dois últimos casos, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais, no que concerne à possibilidade de suprimir o fornecimento dos serviços por falta do respectivo pagamento.

Em 17 de dezembro de 2003, por exemplo, a ministra ELIANA CALMON, do STJ, no Processo RESP 525500, manifestou, na Segunda Turma daquele Tribunal, voto favorável ao corte do fornecimento de energia elétrica pela Companhia Energética de Alagoas – CEAL contra usuário inadimplente. O Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal de Justiça de Alagoas manifestaram-se contra a suspensão do fornecimento. Contudo, a Ministra relatora destacou a “expressa previsão de interrupção, em determinados casos”, prevista no art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995. Além disso, segundo a ministra, “a Lei nº 9.427/1997, ao criar a ANEEL e disciplinar o regime de concessão e permissão dos serviços de energia elétrica, previa expressamente a possibilidade de corte, assim como a Resolução nº 456/2000, artigos 90 e 94”.

Disse ainda que “a paralisação do serviço impõe-se quando houver inadimplência, repudiando-se apenas a interrupção abrupta, sem aviso, como meio de pressão para o pagamento das contas em atraso. Assim, é permitido o corte do serviço, mas com o precedente aviso de advertência”.

De lá para cá muitas têm sido as decisões, monocráticas ou não, no sentido de suprimir o fornecimento do serviço por conta da inadimplência. Inclusive, no caso dos serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, com base na nova lei do saneamento básico, alhures citada, que prevê a possibilidade de interrupção dos serviços, no caso de inadimplemento do usuário, “após ter sido formalmente notificado” (art. 40, V). O prévio aviso ao usuário sobre a interrupção do fornecimento terá prazo “não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão” (art. 40, § 2º). Todavia, o § 3º do citado artigo 40 diz que a “interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que reservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas”.

Mas há, também, decisões judiciais em sentido contrário, ou seja, para não suprimir o fornecimento do serviço por inadimplência, levando em consideração a interpretação legal a partir da Constituição Federal, ou seja, dos princípios que a regem. Nesses casos, consideram-se certos serviços públicos como essenciais e, portanto, enquadrando-os como direitos fundamentais, a exemplo do abastecimento de água. Aliás, esse tipo de serviço foi considerado como direito fundamental do homem pela ONU.

3.6.5 Quanto à adequação

I – Serviços próprios do Estado

São aqueles que se relacionam de forma íntima com as atribuições do Poder Público, como a segurança pública, a polícia administrativa, a saúde pública etc., e para a execução dos quais a Administração usa de seu poder de império sobre os administrados. Por isso, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, não devendo, assim, ser delegados a particulares. Normalmente, devem ser gratuitos ou de baixa remuneração, para que toda a comunidade possa ter acesso aos mesmos.

II – Serviços impróprios do Estado

São os que não atingem substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, daí resultando a prestação remunerada pela Administração, quer diretamente, quer por suas entidades descentralizadas, quer, ainda, por seus delegados (concessionários e permissionários). Tais serviços são, geralmente,

rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégios, mas sempre sob a regulamentação e controle do Poder Público competente.

3.6.6 Quanto à finalidade

I – Serviços administrativos

São os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços a serem prestados ao público, como se dá com os serviços da imprensa oficial, das estações experimentais e outros similares.

II – Serviços comerciais / industriais

São aqueles que produzem renda para quem os presta, mediante remuneração da utilidade usada ou consumida (remuneração denominada tarifa ou preço público, por ser sempre fixada pelo Poder Público), seja o serviço prestado pela Administração, ou o seja por seus delegatários. Esses serviços são impróprios do Estado, pois consubstanciam atividade econômica que só poderá ser explorada de forma direta pela Administração quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, CF).

III – Serviços sociais

São “aqueles realizados pela iniciativa privada, por delegação do Estado e expressa previsão legal, destinados a atender às necessidades coletivas ligadas à educação, saúde, cultura, meio ambiente” (ROLIM, 2004, p. 34).

3.6.7 Quanto à execução

I – Execução direta

São aqueles oferecidos pela Administração Pública, através dos seus órgãos e agentes.

II – Execução indireta

São os prestados por terceiros (concessionários e permissionários). Em tese, qualquer serviço pode ser objeto de execução indireta, salvo os essenciais.

3.6.8 Serviços delegáveis e indelegáveis

Esta classificação dos serviços públicos, feita por CARVALHO FILHO (2015, p. 335), parece-nos perfeitamente inserida na classificação “quanto à adequação” e/ou “quanto à execução”. Preferimos, contudo, apresentá-la, não como redundância, mas para melhor compreensão do assunto.

I – Serviços delegáveis

São aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como, por exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia, água e esgoto etc.

II – Serviços indelegáveis

São os que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes. Exemplificam-se com os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais etc.

CARVALHO FILHO presta os seguintes esclarecimentos acerca desses serviços:

Alguns serviços, embora delegáveis, são prestados pelo próprio Estado, mas o fato se deve a determinada diretriz política e administrativa que pretenda implementar, o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros. Já os indelegáveis são inerentes ao Poder Público centralizado e a entidades autárquicas e fundacionais e, em virtude de sua natureza específica, não podem ser transferidos a particulares, para segurança do próprio Estado.

O aspecto da essencialidade, apontada por eminentes publicistas, apresenta-se, em nosso entender, com linhas de certo modo imprecisas. A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los (2015, p. 336).

3.7 Requisitos

De acordo com a Constituição Federal, os serviços públicos devem ser prestados de forma adequada (art. 175, p. único, inciso IV), como foi visto anteriormente. Mas o que vem a ser serviço adequado? A resposta encontra-se no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, onde estão elencados os requisitos para a sua prestação. São eles:

3.7.1 Regularidade

Exige que os serviços sejam prestados de acordo com os padrões de qualidade impostos pela Administração, considerando as exigências dos usuários, as condições técnicas exigidas pela natureza do serviço público e as condições de sua prestação.

3.7.2 Continuidade

Os serviços públicos não podem sofrer solução de continuidade. Devem ter caráter contínuo, sucessivo. Ou seja, uma vez instituídos, há de ser prestados normalmente, menos por motivos justificáveis na forma da lei e das normas regulamentares (art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/1995). **Vide item 3.6.4 – II.**

3.7.3 Eficiência

O responsável pela prestação do serviço público deve ter preocupação com o bom resultado prático da prestação que lhe cabe oferecer aos usuários. Os serviços devem ser prestados sem desperdícios que possam onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho. Como diz GASPARINI, deve-se “buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimento, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários” (2009, p. 303).

3.7.4 Segurança

Os serviços públicos devem ser prestados de modo a atender a segurança dos usuários e de terceiros, bem como de bens públicos e particulares. Não deve haver descuidos ou omissões na sua execução. As falhas devem ser corrigidas de imediato e as peças ou equipamentos impróprios devem ser substituídos e renovados, respectivamente, sempre que a segurança assim o exigir.

3.7.5 Atualidade

Obriga a atualização tecnológica dos serviços públicos com vistas a buscar a otimização de resultados. Deve-se levar em conta um planejamento adequado à realidade e às possibilidades orçamentárias do prestador dos serviços, a fim de cuidar-se bem das instalações e de sua conservação, para possibilitar a melhoria e a expansão de tais serviços (**Vide art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/1995**).

3.7.6 Generalidade

Impõe o oferecimento do serviço público de forma isonômica para todos, não se admitindo, pois, discriminação. Esse requisito decorre do princípio da igualdade (art. 5º, CF) e da impessoalidade (art. 37, CF).

3.7.7 Cortesia

A Administração Pública deve oferecer e zelar para que se ofereça aos usuários dos serviços públicos um tratamento digno que se constitui em dever do prestador do serviço e em direito do usuário. Se esse requisito não for observado, cabe ao superior hierárquico a aplicação de pena disciplinar aos subalternos, quando a execução é direta e à Administração o poder-dever de intervir junto à concessionária ou permissionária para que os seus empregados descorteses sejam punidos.

3.7.8 Modicidade

Esse requisito obriga que os serviços públicos sejam prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e possibilitar o seu melhoramento e expansão. Como já foi visto, cabe à lei definir a política tarifária (art. 175, CF). Observe-se, ainda, o disposto no art. 11, da Lei nº 8.987/1995, sobre “outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”.

3.8 Direitos dos usuários

Os direitos dos usuários dos serviços públicos são reconhecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Se o usuário não tem o seu direito respeitado, cabe-lhe buscar as medidas judiciais necessárias e possíveis. Daí porque o Código Civil anterior (art. 75) já dizia que “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Tais direitos têm conteúdo positivo, ou seja, ensejam o poder de exigir da Administração ou de seus delegados o que um ou outro deve prestar individualmente aos usuários.

Constitucionalmente, a proteção a esses direitos encontra-se estampada no art. 175, parágrafo único, inciso II. Tais direitos foram contemplados na Lei nº 8.987/1995 (art. 7º). Já a Lei nº 9.791/1999, obriga os concessionários de serviços públicos a oferecer aos usuários o mínimo de seis opções para o vencimento das faturas respectivas. E a Lei nº 11.445/2007, diz, no art. 9º, inciso IV, que cabe ao “titular dos serviços

[formular] a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto, fixar os direitos e os deveres dos usuários”.

Se os direitos dos usuários constituírem *direitos públicos subjetivos*, decorrentes de um serviço *uti singuli*, ensejam as ações correspondentes pela via direta, inclusive, o mandado de segurança, de acordo com a lesão a ser reparada ou a prestação a ser exigida. Quando decorrerem de um serviço *uti universi*, os interesses coletivos ou difusos serão defendidos pelo Ministério Público ou por entidades públicas ou privadas, que se voltem para a defesa do consumidor, na forma dos artigos 81 e 82 do Código do Consumidor.

Antigamente, se o serviço público fosse prestado por um delegado do Poder Público, caberia ao concedente o direito de acionar o prestador de tal serviço. Esse ponto de vista foi alterado pelo entendimento do Conselho de Estado, em França, ao conferir ao usuário o direito de acionar diretamente o prestador do serviço, em razão da delegação que este recebeu.

Quando ainda “não se admitia entre nós a ação do usuário contra o concessionário”, MEIRELLES “com base na doutrina e na jurisprudência estrangeira”, entendia que o caminho jurídico para o usuário exigir o serviço que não lhe fosse prestado pelo Estado ou seus delegados era o cominatório (art. 287, CPC anterior), desde que a fruição fosse individual (2015, p. 487).

IRENE NOHARA lembra que “a ação cominatória foi suprimida como procedimento especial, mas permanece a possibilidade do titular de direito à pretensão ou abstenção de ato ou fato pela Administração obtê-la sob *cominação pecuniária* pedida na inicial para o caso de descumprimento da sentença (CPC anterior, arts. 287, 644 e 645)”. A autora cita o CPC anterior. Acompanhando o pensamento de MEIRELLES (2015, p. 418), diz, ainda, a citada autora:

O essencial é que o particular tenha efetivamente direito subjetivo a uma prestação *uti singuli* para exigir a prática de ato ou fato ou sua abstenção, sob cominação pecuniária para o caso de descumprimento do preceito (2011, p.779).

Como vimos anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor prevê outros instrumentos para tutelar os interesses individuais, coletivos ou difusos dos usuários dos serviços públicos (art. 81 a 104), podendo-se demandar “diretamente o concessionário para constrangê-lo a prestar o serviço [...]”, sob as penalidades cabíveis.

Sobre os direitos dos usuários, deve-se observar o disposto no art. 37, § 3º da CF. E no âmbito federal, o Decreto nº 6.932, de 11.08.2009, dispõe sobre “a simplificação do atendimento público, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma em documentos produzidos no Brasil, institui a ‘Carta de Serviços ao Cidadão’, fixa ‘diretrizes’ nas relações entre os órgãos e com o cidadão, destacando-se a ‘presunção de boa-fé’ e a ‘articulação com Estados, Distrito Federal, Municípios e outros Poderes para a integração, racionalização, disponibilização e simplificação de serviços públicos” (MEIRELLES, 2015, p. 419).

3.9 Deveres dos usuários

Há serviços públicos prestados aos usuários sem o atendimento de quaisquer exigências prévias, como é o caso do serviço de iluminação pública, ou, ainda, o de segurança pública. Contudo, há outros serviços que para serem fruídos pelos usuários exigem destes o cumprimento de determinadas obrigações, como o serviço de abastecimento de água. Nesse caso, o usuário deve cumprir a sua parte, sob a pena de o Poder Público ou seu delegado não cumprir a sua.

Essas obrigações, segundo GASPARINI (2009, p. 308), são de natureza:

I – Administrativa

São as que dão início ao procedimento de fruição e se consubstanciam no pedido. Ex: pedido para a ligação de água encanada, ou para a ligação de energia elétrica em determinado imóvel etc.

II – Técnica

São aquelas que se referem à própria prestação dos serviços solicitados, como a extensão dos canos ou da fiação pelo usuário até o limite do imóvel que receberá o benefício da água encanada ou da energia elétrica, por exemplo.

III – Pecuniária

São as que dizem respeito à remuneração dos serviços, que pode se dar antes, durante ou depois da prestação.

Cumpridas essas exigências, que variam a depender do tipo de serviço, o usuário poderá receber o serviço que pediu. Há, também, alguns

casos, outras exigências, como a obediência aos regulamentos técnicos dos serviços.

É preciso observar, sobretudo, os deveres dos usuários decorrentes do art. 7º, incisos IV, V e VI, da Lei nº 8.987/1995, além de leis específicas.

3.10 Greve nos serviços essenciais

Embora a CF (art. 9º) assegure aos trabalhadores em geral o direito à greve, o § 1º estabeleceu que cabe à lei definir os serviços ou atividades essenciais.

A Lei nº 7.783/1989 fez tal definição no seu art. 10, a saber:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – serviços funerários;

V – transporte coletivo;

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – telecomunicações;

VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – controle de tráfego aéreo;

XI – compensação bancária.

O art. 9º, § 2º, da CF sujeita os responsáveis pelos abusos cometidos às penas da lei. Já o art. 11 da citada Lei nº 7.783/1989 fixa as obrigações de empregadores e trabalhadores, em comum acordo, garantir durante a greve a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Por sua vez, o parágrafo único desse artigo diz que “necessidades inadiáveis da comunidade são aquelas

que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

3.11 Serviços delegados a particulares

3.11.1 Serviços concedidos

I – Concessão

É a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. Em regra, a concessão deve ser conferida sem exclusividade, possibilitando a competição entre os interessados. Ressalva-se, contudo, a ocorrência de inviabilidade técnica ou econômica da concorrência na prestação do serviço (art. 16 da Lei nº 8.987/1995).

II – Regulamentação da concessão

- a) Constitucional: art. 175, parágrafo único.
- b) Infraconstitucional: Lei nº 8.666/1993 (art. 1º) e Lei nº 8.987/1995 (artigos 2º e 29, I).

Os Estados e Municípios deverão ter suas próprias leis sobre concessão e permissão, respeitadas as normas gerais da lei federal, como também ocorre com a Lei de Licitações. Mas podem optar em seguir a legislação federal.

III – Disposições da Lei nº 8.987/1995

A lei federal dispõe sobre:

- a) ato do poder concedente justificativo da concessão (art. 5º);
- b) conteúdo mínimo do contrato, pois deve conter as cláusulas relacionadas no art. 23 e sua minuta deve constar do edital (art. 18, inciso XIV);
- c) equilíbrio econômico-financeiro do contrato: art. 9º, § 4º;
- d) o serviço deve ser prestado em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas (art. 6º, § 1º);
- e) fiscalização acerca da execução do contrato (art. 30, parágrafo único);

- f) possibilidade de intervenção (artigos 29, III e 32 a 34): o ato de intervenção é prévio e deve conter os motivos e o prazo da intervenção; se for definitiva, tem-se a encampação do serviço ou a rescisão do contrato;
- g) ocorrência da encampação ou resgate: é a retomada coativa do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, cabendo apenas indenização ao concessionário dos prejuízos que lhe forem causados pelo ato do poder concedente (arts. 35, inciso II, e 37);
- h) prazo do contrato definido (art. 23, I e XII): diz a doutrina que o prazo deve ser vinculado ao retorno do capital investido; findo o prazo, ocorrerá a reversão do serviço concedido (23, X);
- i) direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);
- j) extinção da concessão (art. 35);
- k) indenização dos investimentos vinculados aos bens reversíveis (art. 36): tem-se como reversão a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, § 2º), como se verá no **item 3.11.1 – IV**, a seguir. Se a concessão for de curta duração, ou se as tarifas não cobrirem o capital investido, não haverá tempo suficiente para amortizar o capital investido. É nesse caso que caberá a indenização.
- l) alteração unilateral, podendo ensejar modificação nas cláusulas remuneratórias (tarifa), conforme art. 9º, § 4º;
- m) rescisão unilateral ou por decisão judicial (art. 39); vide parágrafo único do citado artigo;
- n) caducidade contratual: quando ocorrer inadimplência, devendo ser declarada por decreto (art. 38 e §§).

IV – Reversão dos bens

Tem-se como reversão a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário, aplicados ao serviço, uma vez extinta a concessão (art. 35, § 2º), como foi visto acima, no **item III, “k”**. Lúcida é a explicação de BANDEIRA DE MELLO acerca da reversão, quando diz que “a reversão do equipamento é consequência natural, pois o concessionário já haverá

extraído da concessão tudo o que patrimonialmente podia esperar dela: lucro e compensação do capital investido, cuja equivalência haverá percebido ao longo do período de exploração do serviço” (2015, p.778).

Entretanto, como dito antes, no item III, “k”, se a concessão for de curta duração, ou se as tarifas não cobrirem o capital investido, não haverá tempo suficiente para amortizar o capital investido. Nesse caso, dar-se-á a reversão, “mas o poder concedente deverá indenizar o concessionário pelo valor remanescente não amortizado do equipamento que se incorpora a seu patrimônio” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 778).

3.11.2 Serviços permitidos

I – Permissão

A permissão é, a princípio, discricionária, unilateral, precário, gratuita ou onerosa, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço. Não gera privilégios, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo a hipótese do art. 16, da Lei nº 8.987/1995. Sustentam alguns doutrinadores que a permissão deve ser usada para serviços transitórios ou permanentes, mas que

[...] exijam frequentes modificações para acompanhar a evolução técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal (MEIRELLES, 2015, p. 495).

A permissão, em geral, “não gera privilégio, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificada (art. 16)”, como acentua MEIRELLES (2015, p. 495).

O art. 40 da Lei nº 8.987/1995 determina que a permissão seja formalizada mediante contrato de adesão, que é ajuste de Direito Privado, e que, conforme entende MEIRELLES, “não deveria ser utilizado para fins de prestação de serviço público” (2015, p. 496).

Já o parágrafo único do artigo acima citado estende à permissão os preceitos da concessão. Normalmente, isso seria inaceitável, pois a natureza da permissão, em tese, enquanto instituto é negocial, e não contratual. E, ainda assim, trata-se da exploração de serviços de utilidade pública, que devem ser delegados na forma do Direito Público. Por outro lado, os preceitos da concessão somente podem ser aplicados à permissão no que for cabível, pois são figuras assemelhadas, porém distintas, não

podendo ser “totalmente equiparadas”. É o que afirma o autor acima mencionado (2015, p. 496).

Entretanto, a doutrina não tem sido uniforme na compreensão da precariedade da permissão de serviço público. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, citado por BANDEIRA DE MELLO, considera que a *permissão é contrato*. Aliás, se admite prazo, diz este, “é imprópria a designação adotada para a relação jurídica e os efeitos do ato irão equiparar-se ou quase equiparar-se aos de uma concessão” (2015, p. 785-786). Esse pensamento é sustentado por DI PIETRO, como o foi, no passado, por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO.

MEIRELLES e DIOGO DE FIGUEIREDO aludem que a permissão de serviço público trata-se de regra excepcional de permissão, que deve ensejar maiores garantias ao permissionário, como as de ser indenizado em caso de prematura extinção.

Para CRETELLA JÚNIOR, existem duas modalidades de permissão: a *simples*, sem prazo determinado, que pode ser revogada sem ensejar indenização, e a *qualificada*, com prazo definido e que exige indenização.

GASPARINI tem posição parecida com a de CRETELLA JR., pois admite que a permissão não pode ser precária, pois seu regime dependerá do que a norma legal dispuser em cada caso (com prazo ou sem prazo).

Os esclarecimentos acima resumidos podem ser encontrados em BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 787-788).

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, comentando o art. 175, da CF, assevera que “a permissão de serviço público (não toda e qualquer permissão) foi colocada, neste texto constitucional, *pari passu* com a concessão de serviço, inadequadamente, nos termos de toda construção doutrinária até então feita. Mas, se assim está, obviamente deveremos concluir por um regime jurídico assemelhado” (2006, p. 121).

Durante muito tempo, nós achávamos – e afirmávamos em sala de aula – que a permissão de serviços públicos era, pura e simplesmente, ato administrativo precário, como é o próprio caráter da permissão, em sentido amplo. Contudo, entendemos, hoje, que não se pode vê-la assim, pura e simplesmente. Inclusive, talvez assista razão aos que pregam a extinção do instituto, “por sua inutilidade”, conforme IVAN BARBOSA RIGOLIN (*Apud* DI PIETRO, 2015, p. 349).

BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 789), aponta grave defeito redacional no art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF, quando se refere à concessão e à permissão de serviço público, ambos os institutos como de natureza contratual. Sem dúvida, a Constituição atual descaracterizou o instituto da permissão, como sempre fora entendido pela doutrina, ao emprestar-lhe, no caso específico da *permissão de serviço público*, a natureza *contratual*.

II – Regulamentação da permissão

- a) Constitucional: art. 175, parágrafo único, inciso I, CF.
- b) Infraconstitucional: art. 2º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/1995.

3.11.3 Serviços autorizados

I – Autorização

É ato unilateral, discricionário e precário da Administração pelo qual se consente a particulares a execução de serviços públicos. Em Aracaju, por exemplo, o serviço de transporte escolar foi regulamentado por lei municipal como sendo autorização.

Há ainda a autorização sem natureza jurídica de delegação de serviço público, como ensina MEIRELLES, como adiante se verá (2015, p. 498). Nesse caso, tem-se como exemplo, dentre outros, a autorização para a ocupação do solo público municipal, para fins de colocação de uma banca de revistas ou para a instalação de um circo em terreno baldio da Municipalidade.

II – Discussão do problema da “autorização de serviços públicos”

Tem sido polêmica a discussão acerca da autorização de serviços públicos. CID TOMANIK POMPEU, em obra específica sobre o assunto, diz:

Na prática, a prestação de serviços públicos costuma ser outorgada mediante concessão ou permissão, sendo reduzidos os casos em que se adota a autorização administrativa (1992, p. 140).

E sobre o mérito da autorização, diz o autor acima referido:

Sendo a autorização administrativa ato discricionário, o seu mérito, ou seja, a oportunidade e conveniência da outorga, depende, exclusivamente, da

Administração e não do Judiciário. O beneficiário não tem direito à edição do ato, mas apenas interesse (1992, p. 153).

Para DI PIETRO, até a 17ª edição do seu “Direito Administrativo”, os serviços chamados autorizados, conforme a eles se refere a CF, art. 21, XII, não tinham a natureza de serviços públicos, ou seja, a autorização de serviço público não existia como delegação de serviço público prestado ao público; na autorização, o serviço seria prestado no interesse exclusivo do autorizatário (2015, p. 272). Seriam, tão somente, atividades que se sujeitavam a um maior controle por parte do Poder Público, em razão de sua importância para o interesse público.

Ela passou a entender que:

Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são *serviços públicos próprios*; quando prestados por particular, são *serviços públicos impróprios*, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe *autorização de serviço público*; no segundo, existe autorização como ato de polícia (2015, p. 272).

O art. 21, XI e XII, CF, fala em serviços autorizados, mas o art. 175, não. Aqui, fala-se apenas em concessão e permissão. “Como conciliar os preceptivos em apreço?”, indaga BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 714). Ele responde “que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado”. Por sua vez, “a expressão ‘autorização’ que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações”, quais sejam:

“a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias [...]. Aí, então, a palavra ‘autorização’ foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de ‘polícia administrativa’, que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;”

“b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra ‘autorização’ está utilizada também no art. 223 da Constituição” (2015, p. 715).

Concordamos com BANDEIRA DE MELLO. Contudo, no caso específico do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o que se tem verificado, na prática, é a autorização de tais serviços ir além da situação emergencial, o que, é, de veras, lamentável. A politicagem no âmbito federal tem descaracterizado o mandamento constitucional.

MEIRELLES, por sua vez, aponta três modalidades de autorização:

a) Autorização para atender a serviços instáveis ou emergenciais

Trata-se da “autorização tradicional, ou seja, tipicamente discricionária e precária”, que “compreende serviços delegados e controlados pela Administração autorizante, com ou sem regulamentação específica, sujeitos a constantes modificações no modo de sua prestação ao público e a supressão a qualquer momento, mediante revogação, o que agrava sua precariedade”. A remuneração dos serviços é estipulada pela Administração mediante tarifa. A execução é impessoal e intransferível, em regra. Não exige licitação, por ser delegação discricionária, “mas para escolha do melhor autorizatário poderá ser adotado qualquer tipo de seleção – caso em que a Administração ficará vinculada aos termos do edital de convocação”. Mas, “fora destes casos, para não fraudar o princípio constitucional da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão” (2015, p. 497).

Em Aracaju, como foi citado antes, o serviço de transporte escolar é prestado mediante autorização, por definição legal, e a escolha dos autorizatários foi feita, em 1995, com base em critérios definidos em edital de chamamento público, considerando: 1) aqueles que já transportavam estudantes e faziam parte de uma “associação” então existente; 2) a ordem de inscrição dos demais interessados. Exigiu-se, claro, o atendimento aos demais itens do edital, como, por exemplo, o tipo de veículo e suas condições, a habilitação do condutor, exigida pelo CNT etc.

b) Autorização para os serviços previstos no art. 21, XI e XII, da CF

Conforme entendimento do SFT, essa norma “é de distribuição de competência federativa. Não é regra que crie dever ou obrigação” (2ª Turma, RE 220.099). Comentando-a, diz MEIRELLES:

Assim, se, mediante lei, a União resolver prestar algum desses serviços, a Carta permite que essa lei preveja a autorização como modalidade de delegação. Logo, no estudo da autorização em foco, o art. 21 e seus incisos devem ser considerados na interpretação do art. 175 da CF. Nessa linha, sob pena de negar o núcleo dos incisos acima referidos, não há como negar que a Constituição prevê três modalidades de delegação: concessão, permissão e autorização. Por isso, na autorização prevista nos incisos XI e XII do art. 21, se a competição for possível e a lei não a dispensar, a licitação também é obrigatória, por força do art. 37, XXI, da CF, a exemplo da concessão e permissão. Essa autorização é regulamentada na forma das leis que disciplinam cada serviço delegado, e cada uma delas dirá se a autorização é precária, ou não, e se a licitação é dispensável (2015, p. 497-498).

c) Autorização sem a natureza de delegação

Entende MEIRELLES que “nem sempre a autorização significa delegação de serviço público”. E o faz com acerto. Logo, diz ele, “quando o Poder Público permite o uso privativo de bem público não há delegação, mas a chamada *autorização de uso*” (2015, p. 498). Todavia, com todo respeito ao autor e aos atualizadores da sua obra, sobretudo a estes, pois o pensamento original abaixo exposto não é daquele, somos forçados a discordar do mesmo, em parte. Adiante diremos a razão. Diz o mestre:

O Poder Público, para certas atividades ou para a prática de certos atos previstos em lei, dá autorização ao particular para exercê-las ou praticar os atos. É o que ocorre com os serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências, nos quais, embora não caracterizem atividade pública típica, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executivos e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam em razão das respectivas atividades (2015, p. 498).

Como foi dito anteriormente, não concordamos, em parte, com o pensamento acima exposto por que o autor mistura *autorização de uso* com outros tipos de autorização, como é o caso da autorização do serviço de transporte individual por táxi, dentre outros. Inclusive, em Aracaju, e em outras cidades brasileiras, o transporte de passageiros por táxi é prestado mediante permissão, por força legal e regulamentar. Há, todavia, vários tipos de autorização, citados, corretamente, por MEIRELLES:

Nesse sentido, ainda a título de exemplo, podemos citar a autorização para pesquisa e lavra (art. 176 da CF); para porte de arma; para supressão de vegetação; para venda ambulante; para produção e/ou comércio de material bélico (art. 21, VI, da CF); para a exploração de material genético; e para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural, previstas no art. 1º da Lei 11.909/2009, cujo § 2º diz que, quando decorrente de autorização (ou de concessão) prevista nessa lei, a atividade “correrá por conta e risco do empreendedor, não se constituindo, em qualquer hipótese, prestação de serviço público”. Essas autorizações podem não ser precárias, mas condicionadas ou qualificadas, dependendo sempre da lei respectiva (2015, p. 498).

De qualquer forma, não será custoso lembrar as seguintes explicações do autor referido:

As atividades autorizadas não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, só auferindo as vantagens que lhes forem expressamente deferidas no ato da autorização, e sempre sujeitas a modificação ou supressão sumária, dada a precariedade ínsita a esse ato. Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, uma atividade de interesse da comunidade, por isso mesmo controlada pela Administração e sujeita à sua autorização. A relação, inclusive contratual, com o usuário dessas atividades é sempre uma relação de Direito Privado, sem participação ou responsabilidade do Poder Público. Qualquer irregularidade deve ser comunicada à Administração autorizante, mas unicamente para que ela conheça a falta do autorizatário e, se for o caso, lhe aplique a sanção cabível, inclusive a cassação da autorização (2015, p. 498).

4 SERVIDORES PÚBLICOS

4.1 Terminologia consagrada pela CF/1988

A Constituição Federal de 1988, no capítulo VII, concernente à Administração Pública, emprega a expressão *servidores públicos*, ao invés de *funcionários públicos*, que, não obstante, continua por vezes a ser empregada pela legislação ordinária, e estando, inclusive, consagrada pelo povo.

A seção II (arts. 39 a 41) do citado capítulo trata dos *servidores públicos civis*, vinculados à Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quando a fundação governamental é de Direito Público, mas também das entidades governamentais de Direito Privado, em alguns aspectos, enquanto a seção III (art. 42) trata dos *militares*.

4.1.1 Uso da expressão “servidor público”

I – Em sentido amplo

Designa todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Pública indireta, com vínculo de subordinação.

II – Em sentido menos amplo

Exclui as pessoas que prestam serviços às entidades de Direito Privado, quais sejam as fundações governamentais de Direito Privado, quando assim constituídas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Assim, restam os servidores da Administração Pública direta, ou seja, dos órgãos públicos, os das autarquias e os das fundações governamentais de Direito Público.

4.1.2 Expressão mais ampla

Havendo outras pessoas que exerçam funções públicas sem vínculo empregatício com o Estado, surgiu uma expressão mais ampla do que *servidor público* para designar aqueles que exercem função pública com ou sem vínculo de subordinação. Trata-se da expressão *agente público*.

4.2 Agente público

Agente público é, pois, “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”, conforme salienta DI PIETRO (2015, p. 654).

4.2.1 Classificação de agentes públicos

A doutrina não é uniforme, quanto à classificação dos agentes públicos. Para MEIRELLES, por exemplo, “a classificação dos servidores públicos em sentido amplo é campo propício para divergências doutrinárias” (2015, p. 506). Assim, preferimos, embora com respeito aos demais, a classificação que BANDEIRA DE MELLO trouxe da obra de seu pai, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, e que é seguida por DI PIETRO (2015, p. 654), com pequenas variações. Importa acrescentar que incluímos na classificação, como alguns doutrinadores o fazem, a categoria dos militares em separado.

I – Agentes políticos

Embora não haja uniformidade doutrinária na conceituação, “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado”, nas três esferas de poder, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 253). Para ele são: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários, respectivamente), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. São os ocupantes dos *cargos políticos eletivos*.

Por sua vez, MEIRELLES afirma que todos “os cargos vitalícios são ocupados por agentes políticos, porém estes também ocupam cargos em comissão, como os Ministros de Estado”. E acrescenta: “Normalmente deverão ser regidos pelo regime estatutário, contudo alguns estão obrigatoriamente submetidos a um regime estatutário de natureza peculiar, a exemplo da Magistratura e do Ministério Público” (2015, p. 506). Estes são os *cargos políticos não eletivos*.

Embora todos o saibam, não será custoso lembrar que a “vitaliciedade não significa ‘para durar toda a vida’”, uma vez que “perdura o direito ao exercício do cargo até completar o tempo de aposentadoria compulsória”, como diz REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (2008, p. 16). Daí porque a Súmula 36 do STF dispõe: “Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade”. A vitaliciedade é inerente ao cargo, e não ao servidor que o ocupa.

Dissertando sobre a Administração Pública, que foi objeto de estudo do Direito Administrativo I, MEIRELLES, ao falar dos *agentes políticos*, acrescenta, ainda, a todos os citados, “os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no

desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público” (2015, p. 80).

II – Servidores públicos, que compreendem:

- a) **os servidores** (ou funcionários, como se dizia antigamente) **públicos propriamente ditos**, sujeitos ao *regime estatutário* e ocupantes de *cargos públicos* (art. 2º da Lei nº 8.112/1990) na Administração direta, nas autarquias e nas fundações governamentais com personalidade de Direito Público, sendo submetidos a regime peculiar de previdência social;
- b) **os empregados públicos**, contratados sob regime celetista e ocupantes de empregos públicos (não de cargos públicos), tanto na Administração direta, quanto na indireta (sob regime privatista), sendo enquadrados no regime geral de previdência social;
- c) **os servidores temporários**, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF); estes exercem funções, sem estar vinculados a cargo ou emprego público. É oportuna a seguinte consideração de MEIRELLES acerca desse tipo de contratação:

Ademais, a lei deve prever os casos de contratação temporária de forma específica, não se admitindo hipóteses abrangentes ou genéricas. O inciso IX não se refere exclusivamente às atividades de natureza eventual, temporária ou excepcional. Assim, não veda a contratação para atividades de natureza regular e permanentes. O que importa é o atendimento da finalidade prevista pela Norma. Assim, ‘desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular ou permanente’, a contratação é permitida. Dessa forma, embora não possa envolver cargos típicos de carreira, a contratação pode envolver o desempenho da atividade ou função da carreira, desde que atendidos os requisitos acima. Fora daí, tal contratação tende a contornar a exigência de concurso público, caracterizando fraude à Constituição (2015, p. 508).

A propósito, o autor cita substancial jurisprudência, do STJ e, sobretudo, do STF (2015, p. 508 – notas de rodapé 6, 7 e 8).

III – Particulares em colaboração com o poder público

São as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, remunerados ou não. Estas pessoas, embora colaborando com o Poder Público, não perdem “sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção

única dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 257). Prestam serviços sob os mais variados títulos, compreendendo:

- a) **os que atuam por delegação do poder público**, como ocorre com os empregados das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236, CF), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos, ou seja, são aqueles que exercem função pública em nome próprio, sem vínculo empregatício, embora sob fiscalização do Poder Público; sua remuneração é paga pelos usuários do serviço;
- b) **os que se acham sob requisição, nomeação ou designação** para o exercício de funções públicas relevantes, como acontece com os jurados, com os que são convocados para prestar serviço militar ou eleitoral, os antigos comissários de menores, os integrantes de certas comissões, grupos de trabalho, conselhos (art. 89, CF) etc., que também não têm vínculo empregatício, necessariamente, e, em geral, não recebem remuneração, embora, possa haver exceções;
- c) **os gestores de negócio** que, voluntariamente, assumem determinada função ou encargo público em casos emergenciais, como na ocorrência de uma epidemia, incêndio etc.
- d) **os militares**, que foram excluídos da noção geral de servidor público, porque as Forças Armadas têm organização própria e distinta de qualquer outra (arts. 142 e 143, CF); leis complementares disciplinam o regime jurídico dos servidores militares, o mesmo acontecendo com os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios “que têm disciplina normativa específica na Constituição (art. 42)”, como sentença REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (2008, p. 13).

4.3 Regime jurídico

4.3.1 Regime jurídico dos servidores públicos

Sobre este importante instituto diz MEIRELLES:

O regime jurídico dos servidores civis consubstancia os preceitos legais sobre a acessibilidade aos cargos públicos, a investidura em cargo efetivo (por concurso público) e em comissão, as nomeações para as funções de confiança; os deveres e direitos dos servidores; a promoção e respectivos critérios; o sistema remuneratório (subsídios ou remuneração, envolvendo os vencimentos, com as

especificações das vantagens de ordem pecuniária, os salários e as reposições pecuniárias); as penalidades e sua aplicação; o processo administrativo; e a aposentadoria (2015, p. 508).

A Constituição de 1988 preconizava o regime jurídico único para os servidores públicos em sentido estrito. Valia dizer: cada esfera administrativa poderia escolher, por lei, qual o regime a ser aplicado, ou seja, o estatutário ou o celetista. Para muitos doutrinadores já não era mais possível conviver, dentro da Administração Pública, com o regime estatutário e o celetista, ao mesmo tempo, como ocorria na vigência da Constituição de 1967.

O art. 39 dispunha, originalmente:

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.

Foi assim que, por exemplo, a União, o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju, dentre tantos outros Estados e Municípios, escolheram o *regime estatutário*, como *regime jurídico único*, após a promulgação da CF.

Todavia, a EC nº 19, ao dar conteúdo diferente ao *caput* do art. 39, e ao alterar a redação do art. 206, inciso V, acabou com a obrigatoriedade de um regime jurídico único para os servidores públicos.

Assim, o “regime jurídico pode [ou podia] ser estatutário, celetista (o da CLT) e administrativo especial”, como afirma MEIRELLES (2015, p. 509). O autor elucidava a questão da seguinte forma, nas páginas 416-417 da edição de 2007 (33^a) de seu festejado Direito Administrativo Brasileiro:

Em consequência, em razão de suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime *estatutário regular, geral ou peculiar*. Podem, ainda, adotar para parte de seus servidores o regime da CLT. Por fim, devem adotar um de natureza administrativa especial, na forma da lei de cada pessoa pública, prevista pelo art. 37, IX, da CF, para a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Mas, agora, a situação mudou de figura, por força jurisprudencial:

Por inconstitucionalidade formal (lesão ao § 2º do art. 60 da CF), o STF suspendeu a vigência do art. 39 na redação dada pela EC 19/98, restabelecendo,

com efeito *ex nunc*, a redação original do art. 39 da CF/88 (ADI 2.153, Informativo 474), obrigando, assim, à adoção de um regime jurídico único para todos os servidores públicos (MEIRELLES, 2015, p. 508-509).

Ora, a decisão liminar do STF opera efeitos a partir da mesma (*ex nunc*), como lembra MEIRELLES. Na verdade, está em questionamento no STF o disposto no art. 39, *caput*, da CF. Através da ADI 2.135-MC-DF, rel. Min. ELLEN GRACIE, em 2.8.2007, foi concedida medida cautelar, para suspender a eficácia da nova redação do citado dispositivo constitucional, dada pela EC nº 19/1998, “em razão do que continuaria em vigor a redação anterior”. Logo, “ainda estaria vigorando o texto anterior”, uma vez que “o julgamento ainda não terminou, mas subsiste a liminar suspendendo a eficácia da alteração constitucional” (R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 43-44).

É de chamar atenção este posicionamento de R. F. DE OLIVEIRA:

Daí discutir-se se subsiste o regime jurídico único ou não. Sem embargo da suspensão do *caput* do art. 39, os demais dispositivos constitucionais apontam para a duplicidade de regimes, tanto que cuida de cargos e empregos e admite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37). Ambos convivem, cada qual com seu regime jurídico (2008, p. 44).

MEIRELLES, excluindo de sua apreciação o regime celetista, ao qual se referia até a edição de 2007, preleciona:

Fundados em suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime *estatutário regular, geral ou peculiar*. Por fim, devem adotar um de natureza administrativa especial, na forma da lei de cada pessoa política, prevista pelo art. 37, IX, da CF, para a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (2015, p. 509).

Não é demais dar atenção à fala de CARVALHO FILHO, no tocante à competência para a iniciativa de leis relativas ao regime jurídico:

Acresce destacar, ainda, que constitui competência privativa do Chefe do Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, “c”, da CF, a iniciativa de *lei* que disponha *sobre o regime jurídico* dos servidores públicos, inclusive provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Frequentemente, porém, as Casas Legislativas usurpam esse poder de iniciativa reservado ao Chefe do Executivo, quer através de leis, quer através de Constituições estaduais, regulando inúmeros aspectos próprios do regime estatutário, como aposentadoria, remuneração, vantagens pecuniárias etc., o que tem dado ensejo a várias decisões dos Tribunais Superiores que, acertadamente, declaram a inconstitucionalidade,

direta ou incidentalmente, de tais atos por ofensa ao aludido mandamento (2015, p. 622).

Não será custoso lembrar que o regime jurídico das agências reguladoras erigidas como autarquias especiais era, por definição legal (Lei nº 9.986/2000), o da CLT, antes de o STF tomar a medida cautelar anteriormente mencionada com relação à alteração do disposto no art. 39 da CF.

Mas, o artigo da Lei nº 9.986/2000 que dispunha sobre o regime celetista foi liminarmente suspenso por várias decisões advindas do STF, especialmente em face da ADI 2.310-DF, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio, que considerou serem típicas do Estado as atividades dessas agências. Todavia, tais decisões liminares perderam o objeto com o advento da Lei nº 10.871/2004, que, no art. 6º, determinou que o regime jurídico do pessoal das agências reguladoras passaria a ser o estatutário, derogando, assim, as disposições da Lei anterior, relativas ao regime celetista. A nova Lei impõe a criação de carreiras e organização de cargos efetivos. Assim, os servidores das agências reguladoras devem sujeitar-se ao regime estatutário respectivo, seja federal, estadual, distrital ou municipal.

É possível ressaltar também que, após a suspensão do art. 1º da Lei 9.986/2000, as agências reguladoras se depararam com um dilema. Diante da impossibilidade de contratar empregados, já que o regime celetista teve sua vigência suspensa, ainda tiveram que confrontar com a ausência de um quadro próprio de cargos públicos, visto que deveria existir uma lei que os criassem - já que, observado o disposto no art. 48, X, CF, cargos públicos somente podem se dar em decorrência de lei. Sendo assim, para solucionar tal questão, as agências se utilizaram do art. 37, IX, da CF, o qual permite a contratação, em caráter temporário, de pessoal para atender, também em tempo determinado, as necessidades de excepcional interesse público.

É de ser considerado também que “certas categorias de servidores públicos têm necessariamente regimes jurídicos peculiares, de natureza estatutária” (MEIRELLES, 2015, p. 509). Isso é inegável, bastando lembrar que os membros da Magistratura e do Ministério Público e os Ministros, no caso do TCU, ou Conselheiros dos Tribunais de Contas, estão nesse rol, pois ocupam cargo vitalício.

É oportuno indagar: há direito adquirido a um determinado regime jurídico? MEIRELLES responde:

Não há direito adquirido a um regime jurídico, o qual pode ser alterado na forma da Constituição Federal. Mas, quando o servidor preencher todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente para a aquisição de um direito, este se converte em direito adquirido e há de ser respeitado pela lei nova (2015, p. 509).

O mesmo autor adverte que, conforme precedentes jurisdicionais, ao “regime jurídico e ao novo plano de carreira, instituídos por lei, não pode o servidor invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso”, como já dispôs o STF (RE 116.683-RJ, DJU 13.03.92, e ADI 3.104, com precedentes) (2015, p. 509 – nota de rodapé nº 11).

O que não pode é a alteração de regime jurídico acarretar redução da remuneração.

Por isso é que o art. 39, § 6º, da CF, com o fito de atender ao princípio da publicidade e garantir um controle sobre os valores pagos pelo Estado, determina que os três Poderes publiquem “anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”, obrigação extensiva ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas. **Vide item 4.8.15.**

Entretanto, salienta MEIRELLES: “É importante esclarecer que a norma não obriga à publicação de quanto percebe cada servidor, mas dos valores dos cargos e dos empregos públicos” (2015, p. 510). Perfeito. Todavia, alguns têm entendido, inclusive, na via judicial, embora não pacificamente, que o princípio da publicidade dá guarida à publicação da remuneração de cada servidor. É de verificar-se apenas se o princípio da publicidade incorporado ao art. 37, da CF, limita-se a abarcar os atos administrativos, que devem ser conhecidos do público porque à coletividade interessa, ou se é extensivo a ponto de alcançar situações particulares dos servidores públicos.

4.3.2 Regime jurídico dos empregados públicos (celetistas)

Os empregados públicos, ou seja, aqueles que atuam nas fundações governamentais de Direito Privado, nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. Contudo, para efeitos de ingresso, obedecem ao mesmo regime dos servidores públicos em sentido estrito, uma vez que, por disposição do art. 37, inciso II, devem ser submetidos a concurso público. Não são nomeados, mas contratados. Seguem, ainda, outras prescrições constitucionais previstas no citado art. 37.

4.4 Organização do serviço público

Por força do princípio federativo, as entidades estatais têm liberdade para proceder da melhor maneira possível no atendimento dos serviços de sua competência, observando, contudo, regras básicas, das quais não devem se afastar: a) a organização deve ser feita por lei; b) a competência exclusiva da entidade ou Poder interessado; c) observância das normas constitucionais federais que dizem respeito aos servidores públicos e das leis federais, de caráter nacional.

4.4.1 Organização legal

A organização legal do serviço público é exigência constitucional, quando se refere à acessibilidade dos “cargos, empregos e funções públicas” a todos os brasileiros “que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, bem como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I). Ou seja, todo cargo público só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Poder Legislativo. Mas, na forma do disposto no art. 84, XXV, da CF, o Poder Executivo pode, por ato próprio, extinguir cargos públicos, cabendo-lhe, ainda, provê-los e regulamentar seu exercício, como também praticar todos os atos inerentes aos servidores, desde a nomeação até a aposentadoria.

4.4.2 Conselhos de política de administração e remuneração de pessoal

A EC nº 19, como se sabe, deu nova redação ao art. 39, *caput*, da CF, e, com isso, além de afastar a exigência de um regime jurídico único para os servidores (**vide item 4.3**), impôs a obrigatoriedade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem, no âmbito de suas respectivas Administrações, “conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

MEIRELLES enfatiza que a “composição entre os Poderes deverá ser paritária e é recomendável que seus integrantes tenham investidura a termo certo, para terem maior independência na formulação da política pretendida pela norma constitucional”. Diz também que do conselho devem participar “integrantes do Tribunal de Contas e do Ministério Público, uma vez que estes órgãos constitucionais autônomos e independentes têm competência para a iniciativa de leis a respeito de sua Administração e da remuneração de seus membros e pessoal”. E lembra que as diretrizes do conselho devem considerar os comandos do art. 169 e §§ da CF (2015, p. 511).

4.4.3 Escolas de governo

O § 2º do art. 39 da CF obrigou a União, os Estados e o Distrito Federal (excluindo os Municípios) a instituírem e manterem “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”.

Embora não obrigados, os Municípios poderão criar suas escolas próprias, ou conveniar ou contratar com os demais entes federados. E alguns órgãos constitucionais, em razão de suas atribuições peculiares, poderão instituir escolas próprias, a exemplo da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Pública e dos órgãos do Fisco.

4.5 Cargo, emprego e função

Os servidores públicos, no sentido lato, ocupam cargos, empregos e funções, como sabemos. É preciso, contudo, distinguir as diferenças entre eles.

4.5.1 Cargo

Cargo público “é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei” (MEIRELLES, 2015, p. 512).

Para BANDEIRA DE MELLO, por outro lado:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas” (2015, p. 261).

É o que prescreve os artigos 51, IV, e 52, XIII, da CF.

No caso da criação de cargos auxiliares do Poder Legislativo, contudo, BANDEIRA DE MELLO enfatiza, com muita propriedade, que a “a teor dos arts. 51, IV, e 52, XIII, é de competência privativa da Câmara ou do Senado, conforme o caso; isto é, independe de participação do Executivo. Faz-se por resolução, e não por lei, já que na elaboração desta há necessariamente interferência do Executivo, através da ‘sanção’ ou do

‘veto’, conquanto este último seja superável por votação de maioria qualificada do Legislativo” (2015, p. 261 – nota de rodapé nº 8). É de notar, entretanto, o abuso cometido pela Emenda Constitucional nº 19. A esse respeito, diz o citado administrativista com a verve de sempre:

A razão dos dispositivos em questão, pois, seria e era, até o advento do “Emendão”, assegurar a independência do Legislativo, propiciando-lhe que se instrumentasse, conforme lhe parecesse adequado, ao cumprimento de suas funções, já que, a toda evidência, o bom desempenho delas está relacionado com o apoio de seus serviços auxiliares. Pretendia-se, então, evitar interferências ao Executivo na matéria, para que este não tivesse forma de tentar amesquinhar os recursos humanos necessários ao Legislativo ou meios de impor “barganhas” quanto a isto. Desde o “Emendão”, contudo, com a mudança da redação dos preceptivos mencionados, estes se tornaram puramente rituais. É que a *fixação dos vencimentos de tais cargos*, condição para que possam de fato existir e ser preenchidos, *depende de lei*. Assim, os fautores do “Emendão” e os congressistas que docilmente votaram a alteração dos arts. 51, IV, e 52, XIII, eliminaram o sentido dos versículos referidos, em detrimento da autonomia do Poder Legislativo e em favor de sua notória e crescente submissão ao Executivo (2015, p. 261 – nota de rodapé nº 8).

A crítica acima é merecedora de encômios. No Brasil, o Poder Executivo, nas três esferas administrativas, é cada vez mais ávido de poder, e o Legislativo, cada vez mais rastejante. Feita a observação, tornemos às questões inerentes ao cargo público.

O ocupante de cargo público tem, em princípio, um vínculo estatutário com o Estado, regido pelo Estatuto dos Servidores Públicos, como já dissemos alhures.

4.5.1.1 Distribuição dos cargos públicos

Os cargos públicos são distribuídos em classes e carreiras. Mas, excepcionalmente, podem ser criados cargos isolados.

I – Classe

Trata-se do “conjunto de cargos da mesma natureza de trabalho” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 312), ou “o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos”. Segundo este, “as classes constituem os degraus de acesso na carreira” (MEIRELLES, 2015, p. 513).

II – Carreira

Diz respeito ao agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, dispostas de acordo com a hierarquia do serviço, “para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário” (MEIRELLES, 2015, p. 513). As carreiras iniciam-se e findam nos respectivos quadros.

III – Quadro

Trata-se do “conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder”, conforme MEIRELLES (2015, p. 513). Para BANDEIRA DE MELLO “é o conjunto de cargos isolados ou de carreira” (2015, p. 312).

Para MEIRELLES, diante da abrangência do seu conceito, o quadro pode ser dividido em permanente e temporário.

a) Quadro permanente: é constituído pelo conjunto de carreiras e de cargos isolados dos diversos Poderes e órgãos da Administração Pública.

b) Quadro provisório: é formado pelos cargos em comissão e funções de confiança (**vide, adiante, comentário acerca dos cargos em comissão**).

IV – Cargo de carreira

É aquele escalonado “em classes, para acesso privativo de seus titulares, até a mais alta hierarquia profissional” (MEIRELLES, 2015, p. 513). Ou, como diz BANDEIRA DE MELLO, o cargo é de carreira quando encartado “em uma série de ‘classes’ escalonada em função do grau de responsabilidade e nível de complexidade das atribuições” (2015, p. 312).

V – Cargo isolado

É o que não se escala em classes, porquanto é o único em sua categoria. Os cargos isolados constituem exceção no serviço público, uma vez que “a hierarquia administrativa exige escalonamento das funções para aprimoramento do serviço e estímulo dos servidores, através da promoção vertical” (MEIRELLES, 2015, p. 513). Para BANDEIRA DE MELLO, os “cargos dizem-se isolados quando previstos sem inserção em carreiras” (2015, p. 312).

A criação de cargos isolados deve levar em conta a natureza da função e as exigências do serviço.

VI – Cargo técnico

É o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, por conta da natureza científica ou artística das funções que lhe são inerentes (MEIRELLES, 2015, p. 513). Observe-se o art. 37, XVI, “b”, CF, acerca da acumulação.

VII – Cargo em comissão

É aquele cujo provimento só ocorre em caráter provisório. A *instituição* dos cargos em comissão é *permanente*, sendo *provisório* ou temporário apenas o seu *desempenho*. Diz a Constituição Federal (art. 37, II) que são declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Por livre nomeação deve-se entender sem a necessidade de realizar concurso público. Como muito bem salienta BANDEIRA DE MELLO, tais cargos são preenchidos por pessoas “de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando” (2015, p. 312).

Os cargos em comissão são destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF). A instituição desses “cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função” (MEIRELLES, 2015, p. 514). Pela redação da EC nº 19, não se tem o preenchimento totalmente livre desses cargos, pois que uma parcela dos mesmos deve ser ocupada por servidores de carreira, na forma da lei.

A lei acima referida deve emanar de cada entidade estatal, observando, todavia, o princípio da razoabilidade, sob a pena de ferir frontalmente a determinação constitucional.

VIII – Cargos vitalícios

Para BANDEIRA DE MELLO os “cargos de provimento vitalício são, tal como os efetivos, predispostos à retenção dos ocupantes, mas sua vocação para retê-los é ainda maior” (2015, p. 315). A vitaliciedade ocorrerá dentro de dois anos e os vitaliciados só podem ser desligados do serviço público mediante processo judicial (**Vide 4.13 - Perda do Cargo**).

São cargos vitalícios os de Magistrado (art. 95, I, CF), os de Ministro (ou Conselheiro, nas esferas estadual, distrital e municipal) do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º) e de membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, “a”), como já foi anotado.

IX – Cargo de chefia

Destina-se à direção de serviços, podendo ser de “carreira ou isolado, de provimento efetivo ou em comissão, tudo dependendo da lei que o instituir” (MEIRELLES, 2015, p. 515). Normalmente, as chefias são, hoje, exercidas por ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança.

4.5.1.2 Lotação

Diz respeito ao número de servidores que devem desempenhar suas funções em cada repartição pública (MEIRELLES, 2015, p. 515).

Se corresponder aos cargos e funções atribuídos às várias unidades administrativas, tem-se a *lotação numérica ou básica*. Mas se disser respeito à distribuição nominal dos servidores para cada repartição, com o intuito de preencher os claros do quadro numérico, tem-se a *lotação nominal ou supletiva*.

Em qualquer caso, a lotação é ato administrativo típico. A lei cria cargos e funções, enquanto o decreto (ou ato similar) movimenta os servidores, de acordo com a necessidade do serviço. No caso do Executivo, a competência para lotar pode ser delegada aos ministros ou secretários, e, nesse caso, a lotação será materializada mediante portaria.

4.5.2 Emprego

É uma “unidade de atribuições” que se distingue do cargo pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado. O seu ocupante tem vínculo contratual, sob a regência da CLT.

4.5.3 Função

Como diz MEIRELLES, é “a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais sendo comumente remunerada através de *pro labore*”. Acrescenta que se diferencia, basicamente, do “cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público” (2015, p. 512).

BANDEIRA DE MELLO assim discorre sobre as funções:

Funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das

atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos *servidores de carreira*, cujo mínimo será fixado por lei (2015, p. 262).

Há quem divide as funções em:

I – Temporárias

São as exercidas por servidores contratados temporariamente (art. 37, IX, CF), após o devido processo seletivo simplificado, na forma da lei.

II – Permanentes

São aquelas que correspondem às chefias, direções, assessorias, ou seja, são as chamadas funções de confiança, isentas de concurso público (art. 37, I e V, CF).

Correto está MEIRELLES quando diz que “todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo”. A função atribuída ao cargo significa atividade a ser desempenhada. Diz também que as “funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender, como ocorre nos casos de contratação por prazo determinado”, como vimos. O autor arremata:

Daí por que as *funções permanentes* da Administração só podem ser desempenhadas pelos titulares de *cargos efetivos*, e as *transitórias*, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções. Como visto, a EC 19 restringe o exercício das funções de confiança apenas ao titular de cargo *efetivo*, vale dizer, o *concurso*. Desta forma, o fator confiança fica restrito ao âmbito interno da Administração (2015, p. 512).

4.6 Criação, transformação e extinção de cargos, funções e empregos públicos

4.6.1 No Poder Executivo e em situações análogas

A criação, transformação e extinção de cargos, funções e empregos públicos, se do Poder Executivo, exige lei de iniciativa privativa do Chefe desse Poder, conforme seja a esfera administrativa, abrangendo a Administração direta, autárquica e fundacional (CF, art. 61, § 1º, II, “a”, c/c o art. 84, inciso XXV). Se o projeto for oriundo do Legislativo, mas versando sobre o pessoal do Poder Executivo, ainda que sancionado pelo

Chefe deste, é inconstitucional, pois as prerrogativas constitucionais de um Poder são irrenunciáveis por parte de seus respectivos titulares, e também não podem ser usurpadas.

Referindo-se aos demais Poderes, a iniciativa cabe a cada um deles.

No caso do Poder Legislativo, na forma do que dispõem os artigos 48, X, 51, IV e 52, XIII. Contudo, a fixação ou a alteração de vencimentos só pode ser efetuada por lei específica, sujeita, claro, a sanção (art. 37, X, CF), mas a fixação dos subsídios dos Deputados Federais e Senadores, do Presidente e do Vice-Presidente e dos Ministros de Estado é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, VII e VIII, CF), não se exigindo sanção, “o que constitui exceção à regra introduzida pela Reforma Administrativa, de que a fixação ou majoração de subsídio e vencimentos está sujeita ao *princípio da reserva legal específica*” (MEIRELLES, 2015, p. 517).

Com relação ao “Poder Judiciário, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes a eles vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, observado o disposto no art. 169 da CF, dependem de lei de iniciativa privativa do STF, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça (art. 96, II, “b”, CF), salvo no tocante aos subsídios dos Ministros do STF, cuja fixação deve observar o disposto no art. 48, XV, da Carta”, aduz MEIRELLES (2015, p. 517).

No que concerne ao Ministério Público, a Carta de 1988 estendeu àquela Instituição a faculdade de propor a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares (art. 127, § 2º, CF). Quanto à fixação de seus vencimentos, antes autorizada por decisão do STF, a mesma foi acolhida pela EC nº 19/98.

Já os Tribunais de Contas, embora órgãos auxiliares do Poder Legislativo (auxiliares em suas atribuições de controle, mas não sob o ponto de vista administrativo), como são órgãos constitucionais autônomos e independentes, têm quadro próprio de pessoal e exercem, “no que couber, as atribuições previstas no art. 96”, conforme dispõe o art. 73, CF.

Deve ser lembrado que, em qualquer caso, observa-se o disposto no art. 169, CF, que dispõe: “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal) prevê os referidos limites, para cada um dos Poderes e para as Instituições autônomas.

4.6.2 Aspectos da transformação

Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e são criados os novos, que serão preenchidos por concurso ou por simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, na forma da lei. Se a transformação implicar em alteração do título e das atribuições do cargo, confirma novo provimento, que, obviamente, exige concurso público.

4.6.3 Aspectos da extinção

Em caso de extinção de cargos, funções e empregos públicos (**vide art. 84, XXV, CF**), seus titulares serão removidos para cargos, funções ou empregos equivalentes, com ressalvas quanto às funções. Se se tratar de servidor estável, extinto o cargo, será ele colocado em disponibilidade remunerada, proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art. 41, § 3º, CF).

4.6.4 Emendas ao projeto de lei do Executivo

Os projetos de leis que versem sobre criação, transformação e extinção de cargos, funções e empregos públicos, no âmbito do Executivo, podem sofrer emendas do Legislativo, desde que não ultrapassem os limites qualificativos (natureza ou espécie) e quantitativos da proposta, nem desfigurem o projeto original.

Ora, negar o poder de emenda é suprimir uma prerrogativa institucional do Legislativo. Mas permiti-lo sem limites é invalidar o controle de um Poder sobre seus serviços e seu orçamento.

Vide art. 63, inciso I (Executivo) e inciso II (Judiciário, Legislativo e Ministério Público), todos da CF.

4.7 Normas constitucionais referentes aos servidores públicos

4.7.1 Direito de acesso aos cargos, funções e empregos públicos

A CF estabelece a acessibilidade aos cargos, funções e empregos a todos os brasileiros, assegurando, assim, aos natos e aos naturalizados, uma vez que não distingue entre estes e aqueles, e aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I, CF).

Mas a mesma CF também estabelece restrições (art. 12, § 3º). A EC nº 11, de 30/04/1996, permitiu a contratação de estrangeiros como professores, técnicos e cientistas pelas Universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica.

O inciso I do art. 37 fala em requisitos estabelecidos em lei, no caso da acessibilidade dos brasileiros aos cargos, empregos e funções, e aos estrangeiros, na forma da lei. Desta maneira, ficam as três esferas da Administração Pública autorizadas a estabelecer “exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional que entenderem convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público” (MEIRELLES, 2015, p. 528), desde que não venham a ferir o princípio da isonomia previsto no art. 5º, CF. E a lei estadual, distrital ou municipal não poderá dispensar condição estabelecida em lei especial, consoante dispõe o art. 22, XVI, quando se tratar do exercício de determinadas profissões. Ex: determinado Município não poderá dispensar o diploma de bacharel em Direito para o cargo de Procurador Municipal etc.

No que diz respeito ao princípio da isonomia (art. 5º, CF), a igualdade de todos os brasileiros perante a lei “veda as exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao local de nascimento, condições pessoais de fortuna, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação social” (MEIRELLES, 2015, p. 528-529).

Assim sendo, os requisitos de que fala o art. 37, I, só podem ser aqueles que, considerados de forma objetiva, sejam indispensáveis e razoáveis ao pleno desempenho da função pública. O cargo de digitador, por exemplo, pode ser exercido tanto por pessoas do sexo masculino quando do sexo feminino, tornando indevido o requisito que exigisse um ou outro sexo, exclusivamente. Porém, se a Administração deseja uma pessoa do sexo feminino para exercer o cargo de digitador num presídio feminino, “o estabelecimento desse requisito não constituirá discriminação ilegal, uma vez que visa a atender a uma legítima conduta administrativa”. Assim é que a jurisprudência “tem admitido como válidas, com base no princípio da razoabilidade, exigências que, à primeira vista, pareceriam atentatórias ao princípio da isonomia, tais como as que limitam a acessibilidade a certos cargos em razão da idade, sexo, categoria profissional, condições mínimas de capacidade física e mental e outros requisitos de adequação ao cargo” (MEIRELLES, 2015, p. 529). Nesse sentido, vide súmula 683, do STF.

No passado, o antigo Tribunal Federal de Recursos (atual STJ) proferiu essa assertiva: “A desigualdade física, moral e intelectual é um fato que a lei reconhece e por vezes aprecia e apura, como sucede na seleção do pessoal para as funções públicas, acessíveis a qualquer que dê prova da capacidade exigida” (RT 236/571). Por seu turno, o STF, em diversas decisões, torna claro que as limitações impostas por lei só podem ser consideradas quando atenderem à razoabilidade em decorrência da natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (RT 726/145).

Assim foi que a EC nº 19, dando nova redação ao art. 37, II, CF, permitiu que a lei estabelecesse requisitos diferenciados de admissão quando a “*natureza e a complexidade do cargo ou emprego*” os exigirem, atendendo ao que de há muito já preconizava o Poder Judiciário. Tais requisitos devem ser razoáveis, como foi visto acima.

4.7.2 Obrigatoriedade de concurso público

O concurso de provas, ou de provas e títulos, é obrigatório para a investidura em cargo ou emprego público, atingindo, por conseguinte, a Administração Pública direta e indireta, na forma do art. 37, II, CF. Todavia, a Constituição não estabelece forma ou procedimento para os concursos. É conveniente que haja uma regulamentação legal ou administrativa precedendo-os. Ampla deve ser a sua divulgação. As normas ou edital obrigam a Administração e os candidatos, desde que condizentes com a Constituição Federal e a legislação ordinária. Podem ser realizados por bancas ou comissões examinadoras formadas por servidores públicos ou não. Neste último caso, costuma-se realizá-los por meio de entidades especializadas para tal fim.

Afiança MEIRELLES que a Administração “é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento” (2015, p. 532). Mas adverte:

Não obstante, é ilegal a exclusão ou reprovação com base em critério subjetivo, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos ou a avaliação sigilosa de conduta do candidato, sem motivação. Ante a presunção de não culpabilidade, é também ilegal reprovar ou excluir do concurso candidato com ação penal em curso ou cumprindo pena em regime semiaberto, sob a alegação de falta de capacitação moral ou por atos infracionais na adolescência; mas, havendo previsão na lei, e constando do edital, é possível levantamento ético-social, o qual dispensa o contraditório (2015, p. 532-533). Vide STF, RE 194.872, RE 356.282-7, MS 26.103-0.

Com relação ao direito adquirido pelos aprovados no concurso, decidiu o STF, no RE 598.099, julgado em 10/08/2011, com *repercussão*

geral, que a “Administração Pública fica obrigada a preencher as vagas previstas para o certame dentro do seu prazo de validade”. E mais: “Essa obrigação só pode ser afastada diante de excepcional justificativa, definida no acórdão”, levando em conta questões inerentes a fatos supervenientes, imprevisibilidade, gravidade, necessidade, mas tudo descrito no citado acórdão (MEIRELLES, 2015, p. 533).

É de notar que os candidatos aprovados em concurso público, para além do número de vagas do edital só têm mera expectativa de direito.

4.7.2.1 Alguns aspectos dos concursos públicos

I – Edital: como ato administrativo genérico que é, deve guardar compatibilidade com a lei, não podendo exigir mais do que esta. Se houver a imposição de alguma exigência não prevista em lei, cabível será sua nulidade, seja por ato de controle interno, hierárquico, seja por ato judicial, mediante provocação do prejudicado.

I – Prazo de validade até 2 anos, prorrogável por igual período (art. 37, III, CF).

Nessa questão da prorrogação, é pertinente a seguinte observação de R. F. DE OLIVEIRA:

Não têm os classificados direito à prorrogação do concurso. Será de boa técnica administrativa a prorrogação, uma vez que despenderá recursos com a abertura e realização de novo concurso. No entanto, não têm os não nomeados direito à prorrogação. Remanesce, aí, à Administração, margem de discricção para decidir. O que não pode o administrador fazer é prorrogar por período menor. A Constituição é clara de que a prorrogação terá que ser por “igual período”. Nem vale o argumento de quem pode o mais pode o menos. Tal raciocínio aqui não tem lugar (2008, p. 49).

II – Prioridade para os concursados remanescentes de concurso anterior (37, IV, CF), no prazo de validade do edital e no confronto com os que foram concursados posteriormente.

III – Reserva de cargos e empregos públicos para os portadores de deficiência (37, VIII, CF).

IV – Recursos: admite-se recorrer dos resultados dos concursos públicos às instâncias superiores, considerando-se que no Estado Democrático de Direito, não se admite as decisões únicas e irrecuráveis. Cabe, ainda, recurso judicial, na forma do art. 5º, XXXV, CF. Porém, não é admissível “que possa a autoridade

judiciária rever provas que foram corrigidas e aferidas por banca examinadora (MS 88.699, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 26.3.1980). O que se admite é o exame pelo Judiciário, em análise perfunctória, no caso de a banca ter agido com manifesta arbitrariedade, de forma a conduzir o resultado ou a manipulá-lo (AI 171.342-0-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.4.1996, p. 13124)” (R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 47).

4.7.2.2 Fase sequencial

I – Provimento

Ao concurso segue-se o provimento do cargo, por meio da nomeação do candidato aprovado. Assim, provimento “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular” (MEIRELLES, 2015, p. 518). O provimento pode ser *originário* ou *inicial e derivado*.

O provimento *originário* ou *inicial* vincula, inicialmente, o servidor ao cargo, ou seja, a única forma de provimento originário é a nomeação.

O provimento por nomeação é de competência do Chefe do Poder Executivo, para os cargos da Administração Central, e se faz por decreto, na forma do art. 84, XXV, CF. Mas, essa competência pode ser delegada aos Ministros, consoante dispõe o parágrafo único do mesmo artigo. Além disso, há cargos outros, estranhos ao Poder Executivo que, por expressa determinação constitucional, também são providos pelo Chefe do Executivo. São os cargos de Ministros de Tribunais e de Ministros ou Conselheiros dos Tribunais de Contas.

Os cargos de juízes singulares e dos serviços auxiliares do Judiciário são providos pelos Presidentes dos Tribunais respectivos (art. 96, I, “c” e “e”, CF). E os cargos dos serviços auxiliares da Câmara ou do Senado são providos pelos respectivos Presidentes (arts. 51, IV, e 52, XIII).

O provimento *derivado* depende de vínculo anterior do servidor com a Administração e pode ser provimento *derivado vertical* (promoção), provimento *derivado horizontal* (readaptação) e por reingresso (reversão, aproveitamento, reintegração e recondução), segundo definição de BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 318). **Vide art. 8º da Lei nº 8.112/1990.**

Os tipos de provimento derivado serão estudados no **item 4.11.**

Para alguns, se o provimento é de *função*, também ocorre por *nomeação*, e se for de *emprego*, ocorre por *contratação*. Mas há quem não aceite falar em provimento nestes dois casos, pois que estaria o *provimento* reservado apenas aos *cargos públicos*.

II – Nomeação

É o ato de provimento do cargo, que se completa com a posse e o exercício. A nomeação é em caráter efetivo ou em comissão (arts. 9º e 10, da Lei nº 8.112/1990).

III – Investidura

É a posse do servidor no cargo. Através dela, são conferidos ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo (ou do mandato, no caso dos agentes políticos), conforme arts. 13 e 14, da Lei nº 8.112/1990.

IV – Exercício do cargo

É uma decorrência natural da posse. Normalmente, posse e exercício ocorrem em momentos sucessivos e são dados por autoridades diversas, havendo casos, contudo, em que se reúnem num só ato perante a mesma autoridade (art. 15, da Lei nº 8.112/1990). O exercício marca o momento em que o servidor passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire direito às vantagens do cargo, como é o caso da promoção por antiguidade dos magistrados.

4.7.3 Contratação por tempo determinado, processo seletivo simplificado e dispensa deste

A exigência do concurso público é para os cargos de provimento efetivo. Para atender ao disposto no art. 37, IX, CF, na esfera federal a Lei nº 8.745/1993, com as alterações imprimidas pelas Leis nº 9.849/1999, nº 10.973/2004 e nº 11.204/2005, regulou a contratação sobre os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público e a forma de seleção. Dita legislação pode servir de rumo para Estados, DF e Municípios disporem sobre a matéria, em suas respectivas leis. O art. 2º da Lei supracitada disciplina os casos, enquanto o art. 3º estabelece como regra geral o recrutamento por meio de processo seletivo simplificado.

Mas a contratação para atender a situação de calamidade pública dispensa o processo seletivo, ao passo que nos casos previstos no art. 2º, incisos IV, V e VI, alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “g” poderá ser levada em

consideração a notória capacidade técnica ou científica do profissional, por meio de análise do *curriculum vitae*.

Por sua vez, o art. 4º da Lei em comento veda a prorrogação dos contratos, só admitindo prorrogar os casos previstos nas alíneas “e” e “f”, do inciso VI, art. 2º, desde que o prazo total não ultrapasse quatro anos.

Como visto, a Lei nº 8.745/1993 vem sendo modificada de forma escandalosa. A Lei nº 9.849/1999, por exemplo, imprimiu mudanças absurdas, a teor da redação original, no que concerne ao período de contratação temporária, como ocorre nos contratos das atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos SIVAM – Sistema de Vigilância da Amazônia – e do SIPAM – Sistema de Proteção da Amazônia –, que podem ser prorrogados até completarem um período de 8 anos.

Além disso, o abuso vem sendo permitido por outras leis não específicas, tais como as leis criadoras das agências reguladoras ANP, ANEEL, ANVISA e ANA, que autorizam a admissão de pessoal técnico em caráter temporário, por até 36 meses.

Como visto, as entidades federadas devem emitir suas respectivas leis que estabeleçam “*os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*”. A necessidade deve ser essencialmente temporária, afastadas aquelas atividades que devem ser destinadas aos cargos de provimento efetivo. O STF entende não ser cabível “a contratação temporária para a execução de serviços meramente burocráticos, por ausência de relevância e interesse social”. As leis referidas “deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade”. Tais leis não “podem prever hipóteses abrangentes e genéricas, nem deixar sem definição, ou em aberto, os casos de contratação”, que “somente poderá ser feita sem processo seletivo quando o interesse público assim o permitir” (MEIRELLES, 2015, p. 536). Tem-se em vista que esse tipo de contratação é uma exceção, e como tal deve ser entendida.

4.8 Estabilidade

É a garantia constitucional conferida ao servidor público concursado, na forma do art. 41, a fim de que permaneça no serviço público. Ou, como diz BANDEIRA DE MELLO, é “o direito de não ser demitido do serviço público, salvo se incidir em falta funcional grave, apurada em processo judicial ou processo administrativo”, com as devidas garantias constitucionais de ampla defesa (2015, p. 314).

A primeira condição para a aquisição da estabilidade é a nomeação em caráter efetivo, isto é, a *efetivação* ou *efetividade*. Daí porque a efetividade deve ser declarada no ato de nomeação. A segunda condição é o atendimento ao que preceitua o art. 41, § 4º. Deve-se também atentar para o disposto no art. 169, CF.

Efetividade e *estabilidade* não se confundem. *Efetividade* é uma característica da nomeação, ou seja, o servidor é nomeado para ocupar um cargo de provimento efetivo. Já a *estabilidade* é um atributo pessoal do ocupante do cargo. O servidor não é estável no cargo, mas no serviço público. Logo, a efetividade é um pressuposto da estabilidade. Sem efetividade não se adquire a estabilidade, salvo o disposto no art. 19 do ADCT.

4.9 Estágio probatório

É o lapso de tempo de exercício do servidor durante o qual é observado o seu desempenho, para fins de apuração pela Administração Pública da conveniência ou não de sua permanência no serviço público, que era de dois anos, mas passou para três anos, com a EC nº 19 (art. 41, CF).

Para adquirir a estabilidade, o servidor será submetido a avaliação especial de desempenho, na forma do § 4º do citado artigo. É, segundo alguns doutrinadores, uma decorrência do princípio da eficiência. Para BANDEIRA DE MELLO, a EC nº 19, ou “Emendão”, como ele a define, “corrompeu a ideia de estabilidade, ao introduzir como hipótese autônoma de desligamento do servidor a avaliação periódica de desempenho” (2015, p. 314). No seu entendimento, esse enfraquecimento da estabilidade é conveniente para manipulação do servidor pelos governantes de plantão. Adverte, com razão, que, em juízo, não prevalecerá o desligamento do servidor fora das hipóteses em que se prevê, constitucionalmente, a demissão do servidor.

Se a avaliação de desempenho de que trata o § 4º, do art. 41, CF, não for feita no período de três anos, o servidor adquire a estabilidade, pois a Administração Pública deixou de cumprir o seu dever e, assim, não cabe prejudicar o servidor, mas apurar a responsabilidade de quem não fez ou não mandou fazer a devida avaliação.

Mas caso reste comprovado que o servidor não atende as exigências legais da Administração ou que seu desempenho não é suficiente, pode ser exonerado com as devidas justificativas, consoante o que for apurado pela comissão avaliadora. Como não se trata de punição, entendem alguns que a

exoneração independe de processo administrativo disciplinar. Outros publicistas, contudo, discordam desse posicionamento. Na verdade, o que não se pode tolerar é a exoneração arbitrária ou imotivada.

Para MEIRELLES, a exoneração na fase probatória deve “basear-se em motivos e fatos reais que revelem insuficiência de desempenho, inaptidão ou desídia do servidor em observação, defeitos, esses apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações da folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta e o desempenho no trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar” (2015, p. 545). Afinal, não se trata de punição.

Em suma, a Administração deve justificar a exoneração com base na realidade dos fatos. Afinal, o STF assim se posicionou na Súmula 21: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”. Presentes devem estar evidentemente o contraditório e a oportunidade de defesa. **Vide art. 132, p. único, CF, acerca dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal.**

Diz MEIRELLES, com razão, que se a Administração “não pudesse exonerar o servidor em fase de observação nenhuma utilidade teria o estágio probatório, criado precisamente para se verificar, na prática, se o candidato à estabilidade confirma aquelas condições teóricas de capacidade que demonstrou no concurso” (2015, p. 545).

Merece registro outra situação. O art. 41, § 3º, CF, preconiza que, “extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade etc.”. Ora, a Constituição não se referiu ao servidor não estável, àquele que se encontra em estágio probatório. Assim, caso ocorra a extinção do cargo, o servidor em estágio probatório poderá “ser exonerado de ofício, uma vez que ainda não tem estabilidade, consoante reitera a jurisprudência, ora cristalizada na Súmula 22 do STF, *in verbis*: “O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo” (MEIRELLES, 2015, p. 546).

Com relação à declaração de desnecessidade diz o autor citado que ela “decorre de juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, descabendo, assim, cuidar de lei que discipline a matéria, na medida em que o dispositivo constitucional acima é autoaplicável” (2015, p. 546).

Ainda com relação ao estágio probatório, a Lei nº 8.112/1990, no art. 20, § 2º, garante ao estável nomeado para novo cargo efetivo o direito de

ser reconduzido ao cargo anterior se exonerado por não ser aprovado no estágio probatório desse novo cargo, observadas as disposições do art. 29, parágrafo único da mesma Lei.

4.10 Acumulação de cargos, empregos e funções

A proibição de acumular cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta quanto na indireta, parece que, no Brasil, teve origem em 1822, quando um Decreto de 18 de junho, de autoria de José Bonifácio, então tutor do príncipe regente, proibiu a acumulação de mais de um emprego público por pessoa.

A Carta de 1988 reconheceu a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de certos profissionais e, assim, permitiu casos de acumulação, dispostos nas alíneas “a”, “b” e “c”, inciso XVI, art. 37, aplicando-se, contudo, o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF.

A proibição é extensiva aos servidores das entidades da Administração indireta (art. 37, XVII). Não é custoso salientar que a vedação só existe quando os dois cargos, empregos ou funções forem remunerados.

A exceção também está presente nos seguintes casos:

- no art. 95, parágrafo único, inciso I;
- no art. 128, § 5º, II, “d”;
- no art. 17, §§ 1º e 2º, ADCT;
- no art. 38, inciso III, com relação ao Vereador;
- no art. 142, § 3º, II, que proíbe, de forma implícita, o militar das Forças Armadas, em atividade, de aceitar cargo ou emprego público civil permanente, sob pena de passar para a reserva. **Vide, contudo, o disposto no inciso III, do citado artigo.**

Mesmo com relação aos aposentados, o STF entende que “a acumulação de proventos e vencimentos só é cabível quando tais cargos, empregos ou funções são acumuláveis na atividade” (MEIRELLES, 2015, p. 541). A Lei nº 8.112/1990, com a redação da Lei nº 9.635/1998, adotou,

no § 3º do artigo 118, o entendimento do STF. No mesmo sentido, a EC nº 20/1998, acrescentou ao art. 37 o § 10.

No que concerne à acumulação de mais de uma aposentadoria, somente é possível nos casos em que o servidor esteve, em atividade, em situação de acumulação lícita, consoante dispõe o art. 40, § 6º, da CF. Nesse caso, há de ser observada a soma dos proventos, que deve se sujeitar ao teto previsto no art. 37, inciso XI, da mesma CF, cuja norma fora repetida no art. 40, § 11, pela EC nº 20.

Com relação ao servidor aposentado compulsoriamente, aos setenta anos de idade, entende MEIRELLES que, “salvo quanto aos eletivos, não poderá ocupar qualquer outro cargo, emprego ou função pública, porque a própria Constituição da República estabelece uma *presunção de incapacidade absoluta* para desempenho de serviço público” (2015, p. 541).

Este pensamento do ilustre autor, ou de seus atualizadores, não tem encontrado guarida, na prática, no caso da ocupação de certas funções, uma vez que tem sido corrente que servidores dos três Poderes, após a aposentadoria compulsória, ocupem funções de confiança ou cargos comissionados. Não poderiam, todavia, ocupar as funções temporárias, previstas no art. 37, IX, CF.

Oportuna esta lição de MEIRELLES:

A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas. Trata-se, todavia, de uma exceção, e não de uma regra, que as Administrações devem usar com cautela [...] (2015, p. 541-542).

4.11 Promoção, readaptação, reintegração, recondução, reversão, aproveitamento e readmissão

I – Promoção

É a “elevação para cargo de nível mais alto dentro da própria carreira”. Dá-se a promoção por merecimento ou antiguidade, que são “critérios alternados de efetuação” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 318). É o chamado *provimento derivado vertical*.

Deve-se, ainda, considerar, no serviço público, a chamada *promoção horizontal* que se refere à mudança de “letra”, dentro do mesmo nível, em alguns casos.

II – Readaptação

É “a espécie de transferência efetuada a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 318-319).

III – Reintegração

Se a demissão do servidor público estável for invalidada por sentença judicial, dar-se-á sua reintegração, na forma do art. 41, § 2º, CF. A reintegração é, na verdade, a reabilitação funcional do servidor que lhe restaura todos os direitos, dos quais fora privado. A reintegração decorre do reconhecimento da ilegalidade da demissão. Para BANDEIRA DE MELLO a reintegração “tanto pode vir de decisão administrativa como judicial” (2015, p. 319).

IV – Recondução

A recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, de acordo com o art. 29 da Lei nº 8.112/1990, “quer por ter sido inabilitado no estágio probatório relativo a outro cargo para o qual subsequentemente fora nomeado, quer por haver sido desalojado dele em decorrência de reintegração do precedente ocupante” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 320).

V – Reversão

A reversão é a volta à atividade do aposentado por invalidez, quando motivo legal houver para isso (insubsistência dos motivos que ensejaram a aposentadoria), ou o interesse da Administração, no caso de aposentadoria voluntária, desde que: a) o servidor o solicite (se era estável no cargo); b) haja cargo vago; c) e a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação (vide art. 25 da Lei nº 8.112/1990, com a alteração posteriormente feita).

VI – Aproveitamento

É o retorno compulsório à atividade do servidor em *disponibilidade*, em cargo de atribuições equivalentes e vencimentos compatíveis com aquele ocupado anteriormente (art. 30 da Lei nº 8.112/1990).

Será oportuno lembrar que *disponibilidade* “é o ato pelo qual o Poder Público transfere para a inatividade remunerada servidor estável cujo cargo venha a ser extinto ou ocupado por outrem em decorrência de reintegração, sem que o desalojado proviesse de cargo anterior ao qual pudesse ser reconduzido e sem que existisse outro da mesma natureza para alocá-lo” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 319).

VII – Readmissão

Alguns denominam de readmissão a *reintegração* do servidor decorrente de *ato administrativo*. Assim, a readmissão é o retorno do servidor ao serviço público quando a sua desinvestidura for anulada na via administrativa (vide posição de BANDEIRA DE MELLO a esse respeito no subitem III).

É de observar que fora das hipóteses anteriormente elencadas, a CF não permite a readmissão e a reversão (subitens V e VII).

4.12 Vacância

Ocorre quando o servidor é destituído do cargo, emprego ou função. É uma decorrência da exoneração, demissão, aposentadoria, promoção e morte. O art. 33 da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) acrescentou a ascensão, a transferência, a readaptação e a posse em outro cargo inacumulável. O STF derrubou as duas primeiras e, posteriormente, a Lei nº 9.527/1997, as retirou do Estatuto.

Deve-se lembrar que a exoneração dá-se a pedido ou pela falta de aptidão para o exercício do serviço público, consoante dispõe a CF, enquanto a *demissão* constitui *penalidade* decorrente da prática de ilícito administrativo, como a seguir melhor explicaremos.

4.13 Perda do cargo

Cumprido o estágio probatório, o servidor estável só virá a perder o cargo em decorrência do que dispõe o art. 41, § 1º, I a III, da CF. De forma excepcional, pode o servidor estável ser exonerado com fulcro no art. 169, § 4º, da CF, observado o disposto no § 5º do mesmo artigo. Nesse sentido, diz o § 7º que lei federal disporá sobre as normas gerais a serem cumpridas no caso do § 4º. Tal exigência foi atendida com a publicação da Lei nº 9.801/1999.

No caso de insuficiência de desempenho (art. 41, III, CF) e no caso previsto no art. 169, § 4º, há de ser observado o disposto no art. 247, parágrafo único, da mesma CF.

E quanto aos servidores vitalícios, dá-se a perda do cargo na conformidade das disposições dos artigos 95, I (juízes), e 128, § 5º, I (promotores de justiça), da CF (somente por sentença judicial transitada em julgado, nos dois casos, ou, ainda, no primeiro caso, ou seja, quando se referir a juízes em estágio probatório de dois anos, de deliberação do tribunal a que estiver vinculado).

Por fim, tanto o vitalício como o estável pode, ainda, perder a função pública como pena resultante de condenação judicial civil por improbidade administrativa, nos termos do art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/1992, que só se efetivará com o trânsito em julgado da sentença condenatória, na forma do art. 20 da mesma Lei.

4.13.1 Demissão, exoneração e destituição

É oportuno distinguir demissão de exoneração e de destituição que, no vulgo, traz muita confusão.

I – Demissão

É quando o servidor público é desligado do cargo como punição, após apuração de falta grave em processo administrativo disciplinar. Na expressão de BANDEIRA DE MELLO, “corresponde a uma expulsão, aplicável nas hipóteses legalmente previstas. Não se confunde com exoneração” (2015, p. 314).

É de vermos esta apreciação de MEIRELLES:

Como vimos, a *demissão* do estável é motivada por falta funcional e pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou em virtude de ato punitivo resultante de processo administrativo em que ao servidor tenha sido assegurada ampla defesa (art. 41, § 1º, II).

A *demissão*, entretanto, como pena administrativa que é, pode ser aplicada em qualquer fase – ao estável e ao instável –, desde que o servidor cometa infração disciplinar ou crime funcional regularmente apurado em processo administrativo ou judicial. Não há demissão *ad nutum*, como não há exoneração disciplinar (2015, p. 548).

II – Exoneração

É quando o servidor público é desligado sem caráter punitivo, podendo ocorrer “*a pedido*” do próprio servidor ou *ex officio*, isto é, por decisão espontânea da Administração, nas seguintes ocorrências:

- a) quando for preciso desinvestir alguém de um cargo comissionado;
- b) quando, em cargo efetivo e antes de completar o triênio para alcançar estabilidade, o servidor tem o desempenho legalmente aferido como inadequado ao cargo e a Administração o desliga;
- c) quando, na avaliação periódica, o desempenho do servidor venha a ser considerado insatisfatório;
- d) quando o servidor, após a nomeação e posse, não entrar em exercício no prazo de lei;
- e) quando o servidor incorrer, de boa-fé, em acúmulo proibido, a ele sendo permitido fazer opção pelo cargo em que desejar permanecer.

III – Destituição

É a perda de cargo comissionado exercido por não ocupante de cargo efetivo, em face do cometimento de falta grave, sujeita às penas de suspensão e demissão (art. 135 da Lei nº 8.112/1990). Chamamos atenção para o disposto no art. 128, § 2º, CF, quanto à destituição do Procurador-Geral da República, que, por iniciativa do Presidente da República, “deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal”.

4.14 Direitos e deveres dos servidores

Os *direitos* dos servidores estão insculpidos nos artigos 37 a 41 da CF, mas podem ser acrescidos pela norma infraconstitucional, a exemplo dos Estatutos dos Servidores.

Para os servidores públicos federais os direitos decorrentes da Lei nº 8.112/1990 são numerosos e se dividem em direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor e direitos que beneficiam seus dependentes (arts. 40 a 115).

Os que beneficiam diretamente o servidor são de ordem pecuniária, quando na ativa (subsídios, vencimentos e vantagens pecuniárias), de ausência ao serviço (férias, licenças e afastamentos) e aposentadoria.

Os direitos que beneficiam os dependentes do servidor são: a pensão, o auxílio-funeral e o auxílio-reclusão.

Já os *deveres* decorrem dos estatutos respectivos e são, dentre outros, os de assiduidade, pontualidade, obediência, urbanidade, lealdade à Administração, discricção ou conduta ética (art. 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992). O descumprimento dos deveres (art. 116 da Lei nº 8.112/1990) enseja punição disciplinar. Há de considerar-se também o art. 117, relativamente às proibições.

4.15 Sistema remuneratório: remuneração, subsídio, vencimentos, vantagens pecuniárias e indenizações

4.15.1 Sistema remuneratório ou remuneração em sentido amplo

A ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, do STF, ensina com extrema proficiência, que: “A lei – e apenas a lei – é fonte formal a fundamentar o dispêndio legítimo de recursos públicos, inclusive com o pagamento de pessoal” (1999, p. 286).

Diz MEIRELLES, com acerto, que no “campo funcional a matéria de maior interesse, pelos constantes atritos entre o servidor e a Administração, é a concernente ao sistema remuneratório ou à remuneração em sentido amplo. Esses atritos decorrem das posições diametralmente opostas em que se colocam o servidor e o Poder Público na interpretação das leis pertinentes, pressionado aquele pelas exigências financeiras do seu *status*; interessado este em realizar o máximo de serviço com o mínimo de despesas de custeio, dentre os quais se incluem as de pessoal” (2015, p. 577).

A par das alterações imprimidas na Constituição Federal pelas ECs nº 19/98 e nº 41/2003, pode-se verificar que há um sistema remuneratório que alcança “os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, para os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para os detentores de mandato eletivo e para os demais agentes políticos, bem como para os empregados públicos das chamadas pessoas governamentais, com personalidade de Direito Privado” (MEIRELLES, 2015, p. 578).

O sistema remuneratório “ou *remuneração em sentido amplo* da Administração direta e indireta para os servidores da ativa” compreende:

a) o **subsídio** (parcela única e pertinente, via de regra, aos agentes políticos, ou seja, aos detentores de mandato eletivo, nos Poderes Legislativo e Executivo, e demais agentes políticos (Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, membros da Magistratura e do Ministério Público e os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, cf. arts. 39, § 4º, 49, VII e VIII, e 73, § 3º, c/c os arts. 75, 95, III, e 128, § 5º, I, “c”);

b) e a **remuneração**, dividida em:

(b1) **vencimentos**, que diz respeito ao *vencimento* ou *vencimento-padrão*, cf. art. 39, § 1º, CF, e às *vantagens pessoais*, que, na forma do mesmo art. 39, § 1º, CF, são os demais componentes do sistema remuneratório do servidor público titular de cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional;

(b2) **salário**, que é pago aos empregados públicos da Administração direta e indireta regidos pela CLT, titulares de empregos públicos, e não de cargos públicos (MEIRELLES, 2015, p. 578). **Vide art. 37, inciso XI, CF, com a redação dada pela EC nº 41/2003.**

É preciso observar, contudo, que o texto constitucional emprega terminologia equivocada, em alguns dispositivos. Exemplificando, quando o art. 37, inciso XV, fala em vencimentos, quer se referir a remuneração, e quando o inciso X, do mesmo artigo, fala em remuneração, quer dizer vencimentos.

É de lembrar que o art. 37, inciso X, assegura revisão geral dos *subsídios* e *vencimentos*, sempre na mesma data e sem distinção de índices. Dito dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 10.331, de 18.12.2001.

Por outro lado, o art. 37, inciso XI, com a redação da EC nº 41/2003, institui tetos para a União, para os Estados, para o Distrito Federal e para os Municípios, no âmbito de seus Poderes e de suas Administrações diretas, autárquicas e fundacionais. Os Estados, DF e Municípios não poderão fixar tetos superiores ao da União.

4.15.2 Indenizações e vantagens pecuniárias (gratificações e adicionais)

Na composição remuneratória dos vencimentos, como dito acima, entram as vantagens pessoais, tais como indenizações, gratificações e adicionais diversos, desde que legais, obviamente.

4.15.2.1 Indenizações

As indenizações são ressarcimentos de despesas, em tese. Não são incorporadas ao vencimento ou vencimento-padrão, e são elas: a) ajuda de custo; b) diárias; c) verba para transporte; e d) auxílio-moradia.

a) ajuda de custo: objetiva indenizar o servidor em casos de deslocamento para outra sede, onde deverá passar a exercer suas atividades; são, pois, as despesas com a mudança de domicílio;

b) diárias: servem para indenizar o afastamento do servidor da sede em caráter eventual e transitório; significa a saída do Município e dizem respeito à alimentação, pernoite, quando for o caso, e locomoção;

c) verba para transporte: destina-se, em alguns casos, a indenizar o servidor que utiliza veículo próprio para execução de serviços externos; noutros casos, serve para custear os deslocamentos do servidor de sua residência para o local de trabalho.

d) auxílio-moradia: é a indenização pela mudança da sede do servidor, para fazer face ao pagamento da nova moradia; muitas vezes isto ocorre, por exemplo, no sentido de interiorizar determinadas prestações de serviços, etc. Exemplificando, na esfera federal, a Lei n° 8.112/1990, com alteração dada pela Lei n° 11.355/2006, dispõe que o “auxílio-moradia 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”.

Teria o auxílio-moradia natureza salarial? Isto tem sido motivo de muitas e acirradas discussões, mas não se registra consenso na doutrina e na jurisprudência. Ao que parece essa verba teria sido consignada para auxiliar os servidores públicos de mudança para nova capital. Foi assim que o TST entendeu que “o auxílio-moradia foi sempre no interesse do desempenho do cargo ou função na Administração Pública, sendo que, inicialmente, representando incentivo à mudança do empregado para a nova capital”. Entendeu, ainda, que foi “no interesse da consecução do serviço público que se lançou mão do fornecimento oneroso de imóveis pertencentes à União aos servidores públicos, cuja ocupação não se reveste de natureza contraprestativa, mas eminentemente de caráter propiciatório para o desempenho das funções inerentes ao Estado, afastando-se, em consequência, a afronta ao art. 458 da CLT” (TST, RR 340008/97.7, Rel. Min. Wagner Pimenta).

Além das verbas acima relacionadas, têm caráter indenizatório as licenças e gratificações que não forem usufruídas, desde que haja previsão legal, e, nesse caso, não estão sujeitas ao imposto de renda.

4.15.2.2 Gratificações

As gratificações dizem respeito a acréscimos resultantes de condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), em razão de insalubridade, periculosidade, trabalho noturno ou atividades penosas etc. (gratificações de serviço), ou de condições pessoais do servidor, na forma especificada em lei (*propter personam*), isto é, gratificações especiais, como se dá com o salário-família, que é pago pela existência de filhos menores ou dependentes incapacitados para o trabalho e outras circunstâncias peculiares do benefício MEIRELLES, 2015, p. 597).

Para alguns, como é o caso de REGIS F. DE OLIVEIRA, a licença-maternidade (licença-gestante) ou licença-paternidade também se afiguram como gratificações pessoais. Tais gratificações, “embora não sejam retribuições pecuniárias, causam repercussão, já que é remunerado o período de afastamento” (2008, p. 75).

No mesmo sentido é a posição de MEIRELLES:

A Constituição/88 acrescentou dentre os direitos dos servidores públicos e aos militares, a licença-gestante e a licença-paternidade (arts. 39, § 3º, e 142, § 3º, VIII), as quais, embora não sejam tipicamente vantagens pecuniárias, assumem esse caráter, por serem remunerados os períodos de afastamento do trabalho (2015, p. 600).

4.15.2.3 Adicionais

Os adicionais são decorrências do tempo de serviço (*ex facto temporis*) ou da exigência de conhecimentos especializados ou de um regime próprio de trabalho, também chamados *adicionais de função* (*ex facto officii*), tais como os adicionais de *tempo integral*, de *dedicação plena* ou *exclusiva* e *nível universitário*. Os primeiros resultam tão somente da prestação do serviço, enquanto os outros decorrem da recompensa por circunstâncias de desempenho em funções especiais. Os adicionais por tempo de serviço têm origem, entre nós, na Lei de 14.10.1827, interpretada pelo Aviso Imperial nº 35, de 10.02.1854. De lá para cá esses adicionais generalizaram-se nas Administrações.

Para MEIRELLES:

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e, por isso, tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos, porém, podem ser suprimidos para o futuro (2015, p. 592).

Ainda segundo o autor acima citado:

Não há confundir, portanto, gratificação com adicional, pois são vantagens pecuniárias distintas, com finalidades diversas, concedidas por motivos diferentes. A gratificação é retribuição de um serviço comum prestado em condições especiais; o adicional é retribuição de uma função especial exercida em condições comuns. Daí por que a gratificação é, por índole, vantagem transitória e contingente e o adicional é, por natureza, permanente e perene (2015, p. 597).

4.16 Paridade de vencimentos

A Constituição estabeleceu a paridade de vencimentos entre os servidores dos Três Poderes, tomando-se por base os vencimentos pagos aos servidores do Executivo (art. 37, XII). Assim, cabe aos outros dois Poderes (Legislativo e Judiciário) fixarem, para os seus respectivos servidores, um estipêndio não superior àquele fixado pelo Executivo, considerando-se atribuições iguais ou assemelhadas. Claro está que o dispositivo se refere a cargos e funções equivalentes. Nestes termos, um motorista, por exemplo, do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo não poderia receber mais que um do Executivo, uma vez que os cargos e funções deveriam receber o equivalente em padrão e vantagens.

Vejamos o que diz R. F. DE OLIVEIRA a esse respeito:

Fala-se em paridade, ou seja, igualdade de remuneração para servidores que exercem atividades idênticas, mas integrantes de Poderes diferentes. Nem Constituições estaduais, nem leis podem instituir isonomia remuneratória (RTJ 158/16). Entenda-se a decisão no sentido de que a vedação alcança cargos ou funções diversos. Se as atribuições são diferentes, não há como equiparar, a pretexto de isonomia (2008, p. 66).

Contudo, decidiu o STF (ADI 48-9, publicada no DOU de 18.10.2002) que, por lei, “os demais Poderes podem instituir limites

diversos do Executivo, desde que os cargos e suas funções sejam diferenciados”. Por outro lado, “esse limite não corresponde aos *tetos remuneratórios* para todos os servidores ativos e inativos, previstos pelo art. 37, XI, da CF” (MEIRELLES, 2015, p. 539). Nesse sentido, deve-se observar a Lei nº 8.852/1994. Há algum tempo, viu-se que o STF fixou o teto salarial dos membros daquela Corte, parâmetro para os demais servidores públicos.

4.17 Vedação de equiparações e vinculações

No passado era comum fazer equiparações de atividades públicas, até que a EC nº 19/1998 proibiu esta prática. Desta forma, a Carta de 1988 proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (*equiparação*) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione como índice de reajustamento automático, a exemplo do salário mínimo (salvo os casos previstos na CF, conforme Súmula Vinculante nº 4), inclusive o profissional, ou da arrecadação orçamentária (*vinculação*) para fins de remuneração do pessoal administrativo (art. 37, XIII).

É de lembrar que “é inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária” (Súmula 681 do STF).

Com o inciso XIII, o legislador Constituinte buscou evitar o denominado “reajuste em cascata”, isto é, certa categoria obtém um aumento e, logo, o mesmo estende-se para outras categorias que lhe são equiparadas. A Magna Carta vedou esse expediente de forma incisiva, permitindo ao legislador ordinário tratar de forma não equiparada as diversas categorias de que se compõe o universo dos servidores públicos.

Lembra MEIRELLES que “*equiparar* significa a previsão, em lei, de remuneração igual à de determinada carreira ou cargo” (2015, p. 539-540). Logo, não há problema se duas ou mais leis estabelecerem, cada uma, valores iguais para os servidores por cada uma delas abrangidos.

Já **vincular** “não significa remuneração igual, mas atrelada a outra, de sorte que a alteração da remuneração do cargo vinculante provoca, automaticamente, a alteração da prevista para o cargo vinculado” (2015, p. 540).

Há, contudo, exceções, como ocorre com os Ministros do Tribunal de Contas da União, que são equiparados aos Ministros do STJ (art. 73, § 3º) e, no caso dos Estados e DF, os Conselheiros são equiparados aos

Desembargadores. Há, ainda, a vinculação entre o subsídio dos Ministros do STJ com o dos Ministros do STF, alcançando os demais Magistrados, na forma do art. 93, V, CF. A Lei nº 9.655/1998 regula a vinculação no âmbito da Justiça Federal e do Distrito Federal.

4.18 Teto de remuneração e subsídio

O art. 37, inciso XI, com a redação da EC nº 41/2003, institui tetos para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de seus Poderes e de suas Administrações diretas, autárquicas e fundacionais, no tocante aos agentes ativos e inativos. Logo, os Estados, DF e Municípios não poderão fixar tetos superiores ao da União. E o teto passou a ser o “subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”, para todos os agentes públicos ativos e inativos (incluindo as pensões).

O montante é bruto ou líquido? R. F. DE OLIVEIRA responde: “Entende-se que é o valor bruto que foi depositado na conta do Ministro” (2008, p. 59). Isto quer dizer: o valor bruto contido no contracheque, e não o valor líquido creditado na conta bancária.

Pode-se alegar direito adquirido, se, antes da EC nº 41/2003, algum agente público já recebia acima do valor fixado no dia do advento da reforma (31.12.2003)? O art.10 da Emenda citada dispõe que se aplica a todos o art. 17 do ADCT. Este, de seu turno, estabelece que não se pode invocar direito adquirido contra redução de vencimentos ou proventos. Ora, aquele que já completou todos os requisitos exigidos à época da implementação do tempo ou da aposentadoria, não pode ser colhido pela nova norma, ainda que de cunho constitucional, via Emenda, conforme precioso entendimento de R. F. DE OLIVEIRA, citando IVAN BARBOSA RIGOLIN (2008, p. 59).

Nos Estados, o limite é o do cargo mais alto de cada Poder. No Judiciário, é o subsídio de Desembargador; no Legislativo, o de Deputado e no Executivo, o do Governador.

Atente-se que o subsídio do desembargador é de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do subsídio do Ministro do STF, que limita os membros do Ministério Público, dos Procuradores e dos Defensores Públicos. Quando se diz limita, quer dizer que deve ter uma lei para cada categoria, mas não pode nenhuma delas fixar valores maiores do que o teto referido. O STF tem entendido que aumento ou reajuste de vencimentos decorre de reserva legal.

Uma coisa deve chamar a atenção: como se deve operar quanto aos adicionais que serão devidos pelo tempo de serviço de cada Ministro? O que importa, no caso, é o *piso* de cada um.

Mas o teto remuneratório inclui verbas de caráter indenizatório (ajuda de custo, diárias, auxílio-transporte, auxílio-moradia)? Bem, com o advento da EC n° 47/2005, o art. 37 da CF ganhou dois novos parágrafos - §§ 11 e 12.

O § 11 do art. 37 da CF, conforme citado anteriormente, dispõe que “não serão computados, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”.

O § 12 do mesmo artigo estabelece que: “para os fins do disposto no inciso XI do *caput* deste artigo, fica facultado 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, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores”.

Os dois dispositivos (§§ 11 e 12) entraram em vigor na data da publicação da Emenda, ou seja, 06/07/2005, com efeitos retroativos à data de vigência da EC n° 41/2003, ou seja, 31/12/2003.

Quanto aos deputados estaduais e distritais e aos vereadores, estes são disciplinados por dispositivo próprio (§ 2° do art. 27 e inciso V do art. 29, ambos da CF).

O Supremo Tribunal Federal entende que “no art. 37, XI, da CF, permite-se a implementação do teto fixado por lei elaborada pela União e por cada unidade federada, com respeito ao limite constitucional, porém poderá fixar valor inferior a ele, com exceção apenas das hipóteses de teto diverso, estabelecidas na própria Constituição Federal (arts. 27, § 2° e 93, V)” (RE 192.364/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 14/03/2006, DJU 23/06/2006).

Apenas a título de esclarecimento, o art. 27, § 2° refere-se ao subsídio dos deputados estaduais que “será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento (75%) daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais,

observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, Iº. E o art. 93, inciso V, refere-se ao subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores, que corresponde a noventa e cinco por cento (95%) do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF.

R. F. DE OLIVEIRA tece uma ponderação importante:

Surgirão problemas que deverão ser enfrentados por decisão judicial. O teto inadmitte qualquer exceção, como visto. Pode ocorrer, no entanto, que vantagens venham incorporar-se à remuneração e ao subsídio, tais como adicionais por tempo de serviço ou mesmo que alguma vantagem tenha sido reconhecida em decorrência de decisão judicial. Como agir? Deverá existir o redutor ou não? As vantagens pessoais não se incluem no teto (RTJ 130/475 e 149/19970). No entanto, façamos uma análise mais demorada do assunto.

Se os vencimentos do servidor estiverem acima do teto, quando do advento da Emenda, entende-se que fica ele preservado naquilo que exceder o limite fixado. É que terá ele direito adquirido oponível contra todos. Se o servidor, durante determinado período, trabalhou e obteve as vantagens que a Constituição e a lei permitiam, a situação fática consolidou-se, dando origem ao nascimento do direito adquirido. Este, como se sabe, torna-se imunizado contra qualquer alteração posterior (2008, p. 62-63).

Alguém, contudo, poderá alegar que não existe direito adquirido contra norma constitucional, posto que a Constituição é tão soberana que não admite contrariedade às suas normas. Há de se distinguir, entretanto, as normas constitucionais originais daquelas que se incorporam ao texto constitucional por emenda. Voltemos a R. F. DE OLIVEIRA:

Dir-se-á que inexistente direito adquirido contra norma constitucional. Não é bem assim. Deve a emenda respeitar os direitos já existentes quando cobertos por norma constitucional anterior. Poder-se-á argumentar, inclusive, com a legitimidade do Poder Constituinte originário, dúvida alguma remanesceria. No entanto, pode-se questionar a competência do derivado no sentido de produzir norma lesiva ao direito adquirido (inciso XXXVI do art. 5º).

De outro lado, se o acréscimo pecuniário excedente provier de sentença judicial transitada em julgado, maior razão há para que o teto não se aplique àquela situação de fato. Não há como aplicar redutor em decorrência de cumprimento de decisão judicial. Esta obriga sempre (2008, p. 63).

E o que dizer sobre os proventos da inatividade? O teto constitucional os alcança? Ora, outra limitação foi imposta pelo § 11 do art. 40, que estabelece estarem sujeitos ao teto a “soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuições para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição dos proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre

nomeação e exoneração e de cargo eletivo”. O parágrafo mencionado complementa outras normas de restrição para deixar claro que não há qualquer exceção ao tempo.

Assim sendo, sabemos perfeitamente que “a Constituição é um todo harmônico, composto de princípios e normas integradas num só sistema”, como diz R. F. DE OLIVEIRA, que completa: “O que se pode sustentar é a inadmissibilidade de qualquer reajuste que exceda o teto constitucional. Nenhuma lei ou ato pode conceder reajuste que ultrapasse o limite constitucionalmente estabelecido. Assim sendo, a partir do advento da norma constitucional (Emendas Constitucionais nº 19/1998 e nº 41/2003) é que pode haver a retenção de reajustes” (2008, p. 63-64).

Outra questão: o que dizer dos membros de Poder e daqueles que ingressaram, depois de aposentados, novamente no serviço público? É sempre bom especular. Vamos lá.

O art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que cuida da previdência social, estabelece que a limitação estatuída pelo § 10 do art. 37 “não se aplica aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e peãs demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo”.

Vê-se o abrandamento do rigor inicial, trazido pela EC nº 19/1998. Desta forma, estão livres do teto os membros de Poder e aqueles que ingressaram, após a aposentadoria, novamente no serviço público.

Resta lembrar que há em decorrência da EC nº 41/2003 o subteto nos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondendo o limite, no Judiciário, ao de Desembargador, cujo teto foi fixado como já sabemos em noventa inteiros e vinte e cinco décimos por cento (90,25%) do subsídio do Ministro do STF, o de Deputado, para os servidores do Legislativo e o de Governador, para os servidores do Executivo (parte final do inciso XI, art. 37, CF). Nos Municípios, o limite é o subsídio do Prefeito.

4.18.1 Redutor

Nas circunstâncias mencionadas no **item 4.18**, nenhum servidor está livre da aplicação do redutor, com as ressalvas já afirmadas. Aliás, dispõe o art. 29 da EC nº 19/1998 que: “Os subsídios, vencimentos, remuneração,

proventos de aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”.

É bem verdade que “a determinação deve estar compatível com os direitos consolidados e com os excessos decorrentes de decisão judicial, como já se cuidou” (R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 65).

Por seu turno, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO ensina, de forma sintética:

1. Tratando-se de membros de Poder, ou que adquiriram vantagens antes da Emenda 19, de 3.6.1998, não deve haver qualquer redução, a lume do entendimento de que os direitos já adquiridos estão imunes às novas disposições constitucionais, produzidas pela competência de emendar a Constituição, usualmente denominada Poder Constituinte derivado. 2. O “teto” remuneratório para os servidores também é o mesmo dos membros de Poder, que recebem subsídios; porém, da mesma forma que vantagens, já *definitivamente adquiridos* antes da Emenda 19, não devem ser retiradas dos membros de Poder, pelo mesmo fundamento não podem ser retiradas dos servidores. 3. Quanto às funções comissionadas entendemos absolutamente autoaplicável o “teto” já existente, uma vez que não há direito a ser preservado, pois os cargos em comissão não são vocacionados a gerar situações de direito adquirido (2006, p. 627).

A orientação da mestra deve ser recepcionada. No sistema jurídico brasileiro, há direitos que ninguém pode retirar. Outros, entretanto, devem se submeter ao limite fixado pela própria Constituição. Como lembra R. F. DE OLIVEIRA, a “norma não adveio do Constituinte derivado, que teria limites, mas do originário, que pode estabelecer restrições e limites a direitos” (2008, p. 66).

Inclusive, há de ser lembrado que o legislador constituinte originário, no art. 17 do ADCT, determinou 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, neste caso, inovações de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

Não será custoso repetir que vantagens de caráter pessoal não são limitadas pelo teto, por decisão do STF (RTJ 130/475 e 149/19970). O mesmo STF decidiu que “na fixação do teto remuneratório estabelecido pela Constituição Federal de 1988, excluem-se as vantagens de caráter

individual ou pessoal e incluem-se as vantagens percebidas em razão do exercício do cargo” (RE 185.842-PE, rel. Min. Maurício Correa, 2.5.1977).

4.18.2 O não cabimento do chamado “repique”

O inciso XIV do art. 37 estabelece que “os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”. Esse dispositivo tem em conta evitar a denominada incorporação de vantagens. Vejamos o entendimento de R. F. DE OLIVEIRA:

Tradicionalmente, o que se rotula de “vencimentos” é uma parte fixa, denominada padrão, mais os acréscimos que se somam ao padrão, de modo a formar um só todo, sobre que incidiriam os acréscimos futuros. Qualquer aumento superveniente incidia sobre o total dos vencimentos, uma vez que as vantagens e adicionais encontravam-se incorporados ao padrão (efeito cascata). A determinação constitucional impede tal efeito. Assim sendo, a lei nova que conceder aumento recairá apenas e tão-somente sobre o padrão ou, então, ela mesma dirá qual a base de cálculo sobre que incidirá o reajuste. Em verdade, nada prevendo a lei, a base de cálculo será o padrão, excluídos os acréscimos (2008, p. 67).

Há, todavia, de se inquirir: a Constituição impede a inclusão, na base de incidência, de acréscimo para incidência do reajuste? É certo que não. Assiste razão a R. F. DE OLIVEIRA, quando afirma:

Evidente que a Constituição não impede que a lei inclua na base de incidência, qualquer acréscimo para incidência do reajuste. O que proíbe é a incidência sobre os vencimentos (padrão mais vantagens), no silêncio da lei. O normal, doravante, é que acréscimos ulteriores apenas recaiam sobre o padrão (2008, p. 67).

Atente-se que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a Constituição proíbe o chamado “*repicão*”, ou seja, “que uma mesma vantagem seja repetitivamente computada, alcançando a proibição os proventos da aposentadoria” (RE 771-BA, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU 21.10.1991). Diante da disposição constitucional prevista no inciso XIV do art. 37, há de se entender que mesmo os adicionais por tempo de serviço não se incorporam para a incidência de novas vantagens pecuniárias (STF, RT 725/134, rel. Néri da Silveira).

4.18.3 Irredutibilidade de remuneração e subsídio

O inciso XV do art. 37, CF, determina que os subsídios e os vencimentos são irredutíveis. Diz R. F. DE OLIVEIRA que a “ressalva alcança eventuais excessos acima do ‘teto’ que poderão ser reduzidos,

desde que posteriores à Emenda Constitucional nº 19/1998” (2008, p. 68). É oportuno lembrar, embora seja fato do conhecimento comum, que incide sobre os vencimentos o imposto sobre a renda, de forma genérica, universal e progressiva (inciso I, § 2º, do art. 153, combinado com o inciso III do art. 153). Veda-se a instituição de tratamento desigual (inciso II do art. 150).

Em suma, é prevalecente a irredutibilidade de remuneração. Alguns levantam uma questão: ela é *real* ou *nominal*? A doutrina jurídica divide-se.

Alguns entendem que a irredutibilidade é *real*, ou seja, é “correspetiva ao poder aquisitivo do servidor público”, uma vez que “nenhum sentido teria que a norma constitucional estabelecesse tal garantia e fosse ela apenas nominal”. Logo, a “garantia meramente nominal é nada. Não é garantia”. E mais: “O que se pretende no assegurar-se a irredutibilidade é que o servidor mantenha seu padrão de vida, para formar a burocracia, isto é, o profissionalismo no serviço público, dando-se elevado atendimento ao usuário e imunizando o servidor contra tentações na oferta de propinas” (R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 68). No nosso entendimento, o autor tem razão, em parte, pois não podemos acordar com o princípio de que o servidor seja sempre alvo da tentação da propina. Com ou sem boa remuneração, alguns acabam caindo na rede. O que é, deveras, lamentável.

Outros consideram que a irredutibilidade é *nominal*. Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a irredutibilidade é meramente *formal* (RTJ 104/808, 118/300, 105/671).

O que se tem admitido é a previsão legal da atualização monetária se não efetuado o pagamento dos vencimentos no dia apurado. Nesse sentido é o entendimento do STF, manifestado na Súmula 682, segundo a qual “não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos dos servidores públicos”. Não se trata de aumento ilegal de remuneração, nem indevida intromissão do Legislativo no Executivo (RTJ 121/1.164. 117/1.335 e 156/214).

Apenas a título de reforço, a irredutibilidade preconizada pelo inciso XV do art. 37 não se contrapõe às previsões dos incisos XI, XIV, do mesmo artigo.

4.18.4 Relação teto/base

O § 5º do art. 39 dispõe que deverá existir uma relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, *in verbis*: “Lei da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI”.

O preceito é bem visto e tem por finalidade limitar discrepâncias pecuniárias. Quase sempre, há grande diferença entre a menor remuneração e aquelas pagas a cargos e funções de confiança, normalmente aquinhoadas com grandes vantagens. A norma constitucional busca limitar o abismo entre servidores do mesmo âmbito político.

4.18.5 Publicação

Atendendo ao princípio da publicidade, previsto no *caput* do art. 37, o § 6º do art. 39, CF, determina que: “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão, anualmente, os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”. A publicação, como todos sabem, deve ser feita no órgão da Imprensa Oficial, escrito ou eletrônico.

4.18.6 Prescrição dos direitos

É sabido que a prescrição em relação à Fazenda Pública dá-se no prazo de cinco anos, conforme determinação do Decreto Federal nº 20.910/1932. É a prescrição quinquenal. Assim, o direito de postular qualquer diferença de vencimentos deve ser exercido naquele prazo. O mesmo ocorre com qualquer outro direito pecuniário.

4.19 Responsabilidades dos servidores

4.19.1 Responsabilidade civil

É a obrigação imposta ao servidor a fim de que o mesmo repare patrimonialmente o dano causado ao Poder Público (art. 37, § 6º). A Administração Pública não pode isentar de responsabilizar civilmente seus servidores, quando for o caso, pois o patrimônio público, como se sabe, é indisponível. Por consequência, a ação civil por responsabilidade do servidor público é imprescritível.

4.19.2 Responsabilidade administrativa

É a violação às normas estatutárias pelo servidor público, ou a outras normas decorrentes de leis, decretos ou quaisquer provimentos administrativos que regulamentem a função pública. O ilícito administrativo não depende do ilícito penal.

O art. 127 da Lei nº 8.112/1990 enumera as penalidades aplicáveis aos servidores públicos federais, enquanto os artigos seguintes disciplinam a sua aplicação.

É preciso frisar que prescreve em cinco (05) anos a medida disciplinar para as faltas sancionáveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo ou função; em dois (02) anos se a punição aplicável for de suspensão; e em 180 dias se for a de advertência (art. 142, Lei nº 8.112/1990).

4.19.3 Responsabilidade criminal

Resulta do cometimento de crimes funcionais, definidos em lei, que sujeitam o servidor infrator ao respectivo processo crime e a suportar os efeitos legais da condenação (arts. 91 e 92, CP).

Basicamente, a maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida nos artigos 312 a 326 e 359-A a 359-H do Código Penal, com o acréscimo da Lei nº 10.028/2000, que definiu novos crimes em decorrência da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não se pode esquecer, por exemplo, dos crimes previstos na Lei nº 8.666/1993. É o expansionismo penal em curso.

Atente-se para o art. 327 do Código Penal, com a alteração imprimida pela Lei nº 9.983/2000, no que concerne à equiparação a servidor público. Por fim, o processo dos crimes funcionais previstos no CP e em outras leis obedece ao rito estabelecido nos artigos 513 a 518 do CPP.

4.19.4 Responsabilidade por improbidade administrativa

O art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, assevera que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, o responsável pelo ato de improbidade administrativa” fica sujeito às punições previstas nos seus incisos I a III. Logo, a punição por improbidade administrativa decorre de responsabilidade distinta e independente das responsabilidades penal, civil e administrativa previstas na legislação específica.

Os atos de improbidade administrativa estão classificados e definidos em três espécies:

- a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);
- b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10);

c) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei no sentido de melhor diferenciar os atos descritos nos artigos 9º, 10 e 11, como acima expostos, uma vez que alguns entendem que é preciso distinguir aqueles que ensejam enriquecimento ilícito ou causam flagrante prejuízo ao erário, daqueles que se referem a falhas técnicas.

Diz o art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.268, de 24.12.2003, que “a ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no § 1º”. Logo, quem tiver prerrogativa de foro criminal em razão do exercício a função pública terá igual prerrogativa para a ação de improbidade.

O § 2º do art. 84 do CPP, na redação que lhe dava a Lei nº 10.268/2003, foi julgado inconstitucional pelo STF, na ADI 2.797-DF. Tal dispositivo dizia que a competência acima referida prevalecia ainda que a ação de improbidade fosse iniciada após a cessação do exercício da função pública. Era um absurdo.

4.20 Aposentadoria

Trata-se do direito à inatividade remunerada que a Constituição assegura ao servidor público, nos casos abaixo indicados, com as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005.

A grande alteração introduzida pela EC nº 20/1998 foi ter mudado o regime de aposentadoria de mera implementação do tempo de serviço pelo sistema de contribuição obrigatória. De tal forma, pelo regime anterior, ao servidor era suficiente demonstrar que tinha trabalhado determinado período, a fim de obter a passagem para a inatividade remunerada. Agora, é indispensável a comprovação do pagamento da contribuição respectiva. São considerados dois requisitos, em conjunto: a) o caráter contributivo e solidário; e b) a necessidade do equilíbrio financeiro e atuarial.

Com o advento da EC nº 47/2005, assim ficou a redação do § 4º do art. 40, CF: “É vedado a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I – portadores de deficiência; II – que exerçam atividades de

risco; III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. É a atendimento ao princípio da isonomia, pelo qual se deve dar tratamento desigual aos desiguais, e igual aos iguais.

Afinal, como bem o disse RUI BARBOSA, no rastro de ARISTÓTELES, “a verdadeira igualdade é aquela que pratica a igualdade entre os iguais, na medida em que se igualam, e a desigualdade entre os desiguais, na medida em que se desigualam”.

4.20.1 Reforma constitucional e direitos adquiridos

Por conta do que dispõe o inciso XXXVI do art. 5º, CF, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Como se trata de cláusula pétrea, na forma disposta no inciso IV, § 4º, do art. 60, que não pode, assim, ser alterada por Emenda, os direitos adquiridos dos servidores que já tenham completado o tempo de serviço sob a égide da lei anterior, incorporou a seu patrimônio o direito à aposentadoria de acordo com o regime anterior. Ainda que a regra nova seja constitucional, prevalecem os direitos adquiridos, visto que o Constituinte derivado tem poderes menores, por assim dizer, do que o Constituinte originário. Logo, os direitos adquiridos devem ser respeitados contra qualquer alteração, ainda que constitucional.

Pode-se afirmar que a fixação, por exemplo, de novo teto, trazido pela EC nº 41/2003 tem o poder de impor restrições aos vencimentos ou proventos que vinham sendo recebidos pelos ativos e pelos inativos, respectivamente? Decerto que não. Assim mesmo entendeu o Ministro Néri da Silveira, ao dizer que o “direito adquirido, como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador da Constituição, a ponto de ressalvar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida” (*Apud* R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 111).

O teto fixado só se aplicará a partir de casos futuros. O próprio R. F. DE OLIVEIRA assim também o entende, e não poderia ser diferente: “Aos atuais servidores da ativa ou aposentados que estejam recebendo dentro da lei, isto é, cujos aumentos de vencimentos tenham provindo de lei formal e em decorrência de reajustes plenamente constitucionais, não há como se aplicar *ex tunc* a norma constitucional superveniente. Parece, também, que é imperiosa a exclusão do teto remuneratório, das parcelas representativas de adicionais adquiridos” (2008, p. 111). Então, a interpretação deverá ser a

seguinte: a partir da EC n° 41/2003 ninguém pode perceber mais do que Ministro do STF, salvo os que já recebiam.

É de lamentar, no entanto, que alguns operadores do Direito resvalam na escuridão da interpretação e consequente aplicação da norma jurídica. Por isso, afirma COUTO E SILVA que “a dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, ‘toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade’” (*Apud* R. F. DE OLIVEIRA, 2008, p. 112).

4.20.2 Modalidades de aposentadoria

I – Aposentadoria por invalidez permanente (art. 40, § 1º, I, CF)

Alguns a denominam *aposentadoria compulsória por incapacidade*. Nesse caso, o fato físico ou mental perturbador da normalidade psicossomática deve ser impeditivo da regular prestação de serviços. Após a submissão à junta médica, e comprovada a invalidez permanente, ocorre a aposentadoria.

No caso de acidente em serviço ou de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, são os *proventos integrais*, sendo, por conseguinte, irrelevante o tempo de contribuição. Cabe à lei especificar as hipóteses mencionadas (inciso I, § 1º, art. 40, CF).

Nos outros casos, quando não se trata de acidente de serviço ou quando se trata de outra doença que, de qualquer forma, venha a impedir o exercício da atividade funcional, a aposentadoria ocorre com *proventos proporcionais*.

II – Aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º, II, CF)

É também chamada *aposentadoria por invalidez presumida*. Dá-se quando o servidor completa 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Observem-se as disposições quanto à aposentadoria por idade para os ministros do STF e a respectiva extensão de seus efeitos.

Completada a idade limite, o servidor será automaticamente desligado do serviço público, independentemente da publicação de decreto

de aposentadoria. Trata-se de ato vinculado, isto é, o administrador não tem alternativa, nem opção para sua emissão com outro conteúdo.

Atente-se para o seguinte aspecto: se o servidor já atende aos requisitos para a implementação da aposentadoria voluntária com proventos integrais, mas esperou completar o limite de idade está claro que a aposentadoria será a voluntária.

Na Lei goiana que rege o Estatuto dos Funcionários Civis, o art. 261 diz que “é automática a aposentadoria compulsória, que será declarada com efeito a partir do dia seguinte àquele em que o funcionário completar a idade limite”. A norma é precisa.

III – Aposentadoria voluntária (art. 40, § 1º, III, CF)

A aposentadoria voluntária dá-se a pedido e pode ser com *proventos integrais* ou *proporcionais* ao tempo de contribuição, de acordo com a fórmula de cálculo da integralidade ou proporcionalidade.

Nessa terceira hipótese de aposentadoria, ela será com *proventos integrais* se o servidor tiver cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. O tempo mínimo exigido diz respeito ao fato de o servidor poder ter servido em empresa privada ou estatal em período anterior, tendo, posteriormente, ingressado no serviço público. De qualquer maneira, os requisitos são intransponíveis.

De outro lado, para que sejam integrais os proventos, deve, se for homem, ter 60 anos de idade e 35 de contribuição (alínea “a” do inciso III), e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher. Na conjugação, tem que haver 95 pontos, se homem, ou 85, se mulher.

A norma, contudo, é contraditória e injusta com alguns. Exemplificando: se o servidor começa a laborar aos 18 anos de idade, terá que trabalhar mais 42 anos, a fim de implementar o requisito integral do tempo de contribuição necessário para se aposentar, atingindo, assim, os 60 anos de idade. Se outro servidor começar a trabalhar aos 25 anos de idade, trabalhará por 35 anos, atingindo, destarte, os mesmos 60 anos de idade, ao se aposentar com proventos integrais. Para ganhar os mesmos proventos, o primeiro trabalhará sete anos mais do que o segundo.

Os proventos serão proporcionais se “o servidor ao qual falte o tempo de contribuição para se aposentar com proventos integrais tiver 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher, contando com 10 anos de

serviço público e 5 no cargo em que se aposentará” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 300).

4.20.3 Regime previdenciário

O regime previdenciário dos servidores públicos, na atualidade, começou a ser delineado por meio da EC nº 3, de 1993, ao introduzir no art. 40 o § 6º, prevendo que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”. Antes, a contribuição dos servidores alcançava apenas os celetistas, ficando os demais livres de qualquer contribuição. Pelo art. 149, parágrafo único, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderiam “instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”. O citado parágrafo único seria transformado em § 1º pela EC nº 33, de 2001, que acrescentou outros três parágrafos ao mesmo artigo.

A EC nº 20, de 1998, alterou a redação do art. 40, mas manteve a redação do art. 149, § 1º.

Agora, a EC nº 41/2003 alterou a redação do art. 149, § 1º, determinando que “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”. Ou seja, o regime previdenciário de caráter contributivo, que já se aplicava aos servidores públicos federais, com base na EC nº 3/1993, tornou-se obrigatório para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que dois são os regimes de aposentadoria para o servidor público, em sentido amplo. Tem-se, portanto, para os *servidores titulares de cargo vitalício e de cargo efetivo* o regime *especial ou peculiar* (art. 40, *caput*, 73, § 3º, 93. VI, e 129, § 4º), enquanto para os *servidores comissionados, temporários e os empregados públicos* adota-se o regime *geral* (art. 40, § 13), previsto no art. 201, CF, que é o *regime dos trabalhadores regidos pela CLT*.

Para aqueles (os do regime especial) há a Lei nº 9.717/1998, que dispõe sobre normas gerais para todas as esferas administrativas, e a Lei nº 9.783/1999, dispondo sobre normas específicas para a União, ou seja, sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos

federais. Para estes (os do regime geral), a regulação dá-se pela Lei nº 8.212/1991.

4.20.4 Princípios da reforma previdenciária

A reforma previdenciária patrocinada pela EC nº 41/2003 mantém, basicamente, os mesmos princípios anteriormente definidos pela EC nº 20/1998, trazendo, contudo, algumas inovações:

- obriga a instituição do regime previdenciário de caráter contributivo para todos os níveis de governo (art. 149, § 1º);
- caráter solidário do regime previdenciário (art. 40), incluindo em tal regime os inativos e pensionistas;
- indica as fontes de custeio (art. 40);
- define critérios para fixação, em lei, do valor da pensão dos dependentes do servidor falecido (art. 40, § 7º);
- extingue, respeitados os direitos adquiridos, a paridade entre, de um lado, os proventos e pensões, e, do outro, os vencimentos dos servidores em atividade (§§ 7º e 8º do art. 40);
- prevê a garantia de reajustamento dos benefícios, a fim de preservar, em caráter permanente, o valor real, na forma da lei (art. 40, § 8º);
- extingue o direito a proventos integrais (art. 40, § 3º); observar-se-á a limitação ao teto previdenciário, anualmente, em janeiro, atualizado pelo governo federal, que continua condicionada à instituição da previdência complementar por lei de cada esfera de governo (art. 40, § 14).

4.20.5 Situação dos servidores em termos de aposentadoria

Para DI PIETRO, no que se refere à aposentadoria voluntária, que ocorre a pedido, “é preciso distinguir três situações: (a) a do servidor que ingressou ou vier a ingressar no serviço público, em cargo efetivo, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, (b) a do servidor que ingressou até 16-12-98 (data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98); e (c) a do servidor que ingressou até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41/03 (30-12-2003)” (2015, p. 715).

Adiante ela diz: “Pode-se afirmar que a primeira situação é a que pretende seja permanente, valendo para os futuros servidores, e as duas outras são transitórias, porque definem os direitos dos atuais servidores, inativos e pensionistas” (2015, p. 715). As situações são as que se seguem, acrescentando-se uma quarta situação, decorrente da EC nº 47/2005.

A situação a seguir apresentada tem por base os ensinamentos de DI PIETRO (2015, p. 715-719).

I – Que ingressaram antes da EC nº 20/1998

Para tais servidores há a possibilidade de opção entre as duas hipóteses a seguir:

- a) aposentar-se nas condições fixadas pelo art. 40, § 1º, III, anteriormente expostas, com proventos fixados na forma do § 3º, com possibilidade de aplicação do limite fixado para o regime geral de previdência social, desde que instituída a previdência complementar;
- b) ou poderá aposentar-se atendendo menos requisitos do que os previstos no art. 40, § 1º, III, “a”, observando-se, contudo, a aplicação de redutor sobre os proventos; essa possibilidade dar-se-á no caso do art. 2º da EC nº 41/2003, quando o servidor, cumulativamente:
 - tiver 53 anos de idade, se homem, e 48 anos de idade, se mulher;
 - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
 - contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher;
 - um período adicional de contribuição equivalente a 25% do tempo que, na data de publicação da EC nº 41/2003, faltaria para atingir o limite de tempo da alínea “a” do inciso III.

É preciso verificar a redução dos proventos estipulada no § 1º, na proporção de 3,5% ou de 5%, conforme os requisitos sejam preenchidos até 31/12/2005 ou a partir de 01/01/2006, respectivamente.

Para os membros da Magistratura, Ministério Público e Magistério (estes últimos desde que aposentados exclusivamente com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério), o tempo de serviço exercido até a data da publicação da Emenda nº 20/1998 será contado com acréscimo de 17%.

Essa categoria de servidores abrangidos pelo artigo 2º da Emenda nº 41/2003 também faz jus ao abono de permanência se, após completar as exigências para aposentadoria voluntária, optar por permanecer em atividade (§ 5º do mesmo dispositivo).

Sustenta DI PIETRO:

Para eles, não é garantida a paridade entre os seus proventos e os vencimentos dos servidores em atividade, mas apenas o reajustamento dos benefícios previsto no § 8º do artigo 40, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. É o que estabelece o artigo 2º, § 6º da Emenda nº 41/03 (2015, p. 718).

Vide art. 2º, §§ 5º e 6º, da EC nº 41/2003, sobre os membros da Magistratura, Ministério Público e Magistério.

II – Que ingressaram depois da EC nº 20/1998 e antes da EC nº 41/2003

Nesse caso, os servidores têm três opções, na forma do art. 6º da EC nº 41/2003, a saber:

- a) aposentar-se-ão de acordo com as disposições do art. 40, com proventos fixados de acordo com o § 3º, e possibilidade de aplicação do limite fixado para o regime geral de previdência social, desde que instituída a previdência complementar;
- b) aposentar-se-ão na forma do art. 2º da EC nº 41/2003, com proventos reduzidos pela aplicação do redutor de 3,5% ou 5%, conforme o caso, correspondente a cada ano de antecipação em relação aos requisitos de idade;
- c) aposentar-se-ão com proventos integrais, que correspondem à remuneração do cargo em que se aposentou (observando-se o teto do inciso XI do art. 37), desde que preencham cumulativamente as seguintes condições:
 - 60 anos de idade, se homem, e 55, se mulher;

- 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
- 20 anos de efetivo exercício no serviço público;
- 10 anos de carreira e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

d) aposentar-se com proventos integrais desde que preencha cumulativamente as seguintes condições:

- 35 anos de contribuição, se homem, e 30, se mulher;
- 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do artigo 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, CF.

III – Os que ingressaram após a EC n° 41/2003

Para os servidores que ingressaram ou vierem a ingressar no serviço público, em cargo efetivo, após a promulgação da EC n° 41, nas três esferas administrativas ou em suas autarquias e fundações de Direito Público, há a sujeição às regras de aposentadoria estabelecidas pelo art. 40, §§ 1º, 4º e 5º. Os proventos serão definidos em lei, na forma do § 3º do mesmo artigo, e possibilidade de limitação ao montante estabelecido para o regime geral de previdência social, desde que instituída a previdência complementar; tal montante foi fixado, em janeiro de 2015, em R\$ 4.663,75, com os reajustes previstos no art. 5º da citada EC n° 41.

No caso de *aposentadoria voluntária, com proventos integrais*, observar-se-á o disposto no art. 40, § 1º:

- a) 10 anos de tempo de efetivo serviço público;
- b) 5 anos de tempo de serviço no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;
- c) idade mínima de 60 anos, para o homem, e 55, para a mulher;
- d) tempo de contribuição: 35 anos para o homem e 30 para a mulher.

Observar-se-á, ainda, o disposto no art. 40, § 3º (forma de cálculo dos proventos) e § 17 (atualização dos valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício).

No caso de *aposentadoria voluntária com proventos proporcionais*, são mantidos os dois primeiros requisitos acima apontados (tempo de serviço e tempo no cargo efetivo), mas a idade mínima passa a ser de 65 anos para o homem e 60 para a mulher, não se exigindo o tempo mínimo de contribuição, porém os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição. Essa proporcionalidade incide sobre os proventos, conforme definição legal, na forma do art. 40, § 3º, ou sobre o limite que vier a ser aplicado.

No caso de *aposentadoria especial* mantida pela EC nº 20/1998 e repetida pela EC nº 41/2003 e pela EC nº 47/2005 verificar-se-á o disposto no art. 40, § 4º, bem como o disposto no § 5º, que estabelece uma exceção à regra prevista no § 1º, inciso III, no que concerne aos requisitos de idade e de tempo de contribuição.

Há de observar-se, também, no tocante às aposentadorias especiais dos membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Ministros do Tribunal de Contas, que passaram a ser regidas pelo art. 40, de acordo com a redação dada pela EC nº 20/1998 aos artigos 73, § 3º, e 93, inciso VI, este último aplicado ao Ministério Público com base no art. 129, § 4º.

A fim de incentivar a permanência do servidor no serviço público, o § 19 do art. 40, introduzido pela EC nº 41/2003 assegura um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória, na forma do § 1º, inciso II, ao servidor que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária, na forma do § 1º, inciso III, “a”.

IV – Regras da EC nº 47/2005

A EC nº 47/2005, através do seu art. 1º, trouxe algumas inovações aos artigos 37, 40, 195 e 201 da CF. Além disso, determinou, no seu art. 2º, que: “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”.

O art. 3º da citada EC nº 47/2005 endureceu, ainda mais, a possibilidade de aposentadoria dos servidores públicos das três esferas federativas. Ressalvando 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, agora, os citados servidores, que tenham ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998, poderão 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.

4.20.6 Aposentadoria em cargos comissionados e temporários ou empregos públicos

Nos casos acima elencados, o servidor será albergado pelo regime geral de previdência social (§ 13, art. 40, CF).

4.20.7 Cômputo do tempo de serviço

Para fins de aposentadoria conta-se o tempo de serviço do servidor público de duas formas:

I – o tempo prestado a qualquer entidade estatal (art. 40, § 9º);

II – o tempo prestado na Administração Pública e na atividade privada (art. 201, § 9º).

No caso de acumulação não se admite contar o tempo de serviço para a aposentadoria em cargo de uma entidade estatal quando já computado em outra, para o mesmo fim.

4.20.8 Proventos e Cálculos

O servidor que completa o período aquisitivo da aposentadoria passa a receber *proventos*, isto é, a retribuição pecuniária devida ao aposentado, que pode ser, como é sabido, proporcional ou integral. A denominação técnica *proventos* diz respeito à importância para *prover* a subsistência do aposentado e de sua família.

Para calcular os proventos de aposentadoria “serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o do art. 201, na forma da lei”, consoante disposição do § 3º, art. 40, CF, com a redação dada pela EC nº 41/2003.

A Lei nº 10.887/2004 ao dispor sobre a aplicação de disposições da EC nº 41/2003, preconiza:

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.

Por outro lado, dispõe o § 1º, do art. 1º, acima transcrito, que “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”.

Mas, qual será, enfim, 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” (§ 2º).

O § 5º, por sua vez, determina que: “Os proventos, calculados de acordo com o *caput* deste artigo, por ocasião de sua concessão, não podendo ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria”.

Para arrematar a questão, colacionamos a explicação de BANDEIRA DE MELLO:

Assim, quando se diz que os proventos serão integrais, isto não significa – como ocorria no passado – que corresponderão à integralidade dos vencimentos mensais que percebia na atividade ao se aposentar. Significa – isto, sim – que corresponderão ao montante dos valores que serviram de base de cálculo de sua contribuição previdenciária, apurada ao longo de toda sua vida funcional (art. 40, § 3º), e devidamente atualizados na forma da lei (art. 40, § 17), porém tendo a garantia de um determinado piso, calculado da forma seguinte: até o limite máximo dos benefícios previstos para o regime geral de previdência (R\$ 4.390,24 desde 1º de janeiro de 2014), a aposentadoria nunca poderá ser inferior ao que o servidor percebia no cargo em que se aposentou. Se o servidor percebia mais do que isto no cargo em que se aposentou, a este valor (R\$ 4.159,00) serão acrescidos 70% da diferença entre tal montante e os vencimentos que lhe correspondiam naquele cargo (2015, p. 301).

E, agora, a exemplificação do mesmo autor, no tocante ao cálculo da pensão:

Por exemplo: se o servidor ganhava R\$ 10.000,00, a pensão de seu beneficiário será de R\$ 4.390,24 mais R\$ 3.926,83 (que é 70% de R\$ 5.609,76, valor que corresponde à diferença entre R\$ 4.390,24 e R\$ 10.000,00). Ou seja: o valor da pensão será de R\$ 8.317,07 (2015, p. 301, nota de rodapé n° 34).

Os valores citados pelo autor são de janeiro de 2014. Considere-se que o teto previdenciário (RGPS) vigente a partir de janeiro de 2016 é de R\$ 5.189,82. É só refazer as contas.

4.20.9 Paridade parcial e paridade plena

Um dos aspectos de maior relevância da Reforma Previdenciária é o que se reporta à paridade entre proventos, remuneração e pensões, ou seja, entre ativos, inativos e pensionistas. E como não tem repercussão imediata, não se tem dado a devida atenção.

4.20.9.1 Paridade parcial

A *paridade parcial* foi inicialmente instituída no parágrafo único do art. 6° da EC n° 41/2003, que assegurava a revisão dos proventos e pensões na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade. Contudo, **não incluía** a eventual transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, ou que serviu de referência para a consecução da pensão, na forma da lei. O artigo 2° da EC n° 47/2005, restabeleceu a *paridade plena* quando determinou a aplicação aos proventos e às pensões o *disposto no art. 7° da mesma Emenda*.

4.20.9.2 Paridade plena

Paridade plena é um direito assegurado aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos a ter a revisão dos proventos, e aí se incluem as pensões, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também a eles estendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores ativos, 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, consoante previsão legal.

Pode-se dizer, em síntese, que têm direito à *paridade plena* entre ativos e aposentados aqueles que, em 31 de dezembro de 2003, já estavam aposentados ou tinham cumprido os requisitos para se aposentar, bem

assim aqueles que se aposentarem com idade e tempo de contribuição mínimos, e tenham 20 anos de serviço público, 10 anos na carreira e 5 no cargo (art. 6º, incisos III e IV, EC nº 41/2003).

Também fazem jus à paridade plena aqueles que cumprirem os requisitos da EC nº 47/2005.

4.20.10 Revisão dos proventos e das pensões

De início é mister salientar que proventos “é a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos (aposentados e disponíveis)”, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 299).

A revisão dos proventos e das pensões era norma de aplicação imediata, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, concedendo-se aumento ao servidor ativo, concedia-se também ao servidor inativo. A luta dos servidores públicos contra o Projeto da Reforma da Previdência evidenciava a não aceitação da desvinculação dos proventos e pensões em relação à remuneração dos servidores ativos, no tocante ao reajustamento/revisão. Luta essa que se tornou em vão.

Com a EC nº 41/2003 fez-se a desvinculação, garantindo-se, todavia, “o reajustamento dos benefícios” para preservar, em caráter permanente, “o valor real”, de acordo com os critérios que a lei estabelecer (art. 40, § 8º, CF), conforme foi visto anteriormente.

4.20.11 Cumulação de proventos

A CF estabelece a regra de acordo com a qual “é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria”, ou seja, a percepção dos proventos provenientes de mais de uma aposentadoria, que tenham origem no regime previdenciário especial dos servidores efetivos, consoante entendimento do art. 40, § 6º, redação atualizada pela EC nº 20/1998. Somente poderá haver cumulação de proventos provindos de cargos acumuláveis na atividade. Lícita a acumulação de vencimentos na atividade, lícita a cumulação de aposentadorias. Exemplo: um professor da UFS que é, também, professor da rede estadual de ensino, cumpridos os requisitos necessários, poderá aposentar-se em ambos os cargos e auferir proventos dos dois.

Há de ser lembrado, contudo, o seguinte problema:

Caso, porém, o servidor perceba proventos decorrentes de mais de uma aposentadoria, seja porque tenha ocupado ou exercido empregos acumuláveis na atividade, seja porque tenha tido emprego enquadrado no regime geral da previdência social, sujeitar-se-á aos tetos remuneratórios previstos no art. 37, XI,

da CF. Em outras palavras, o que o art. 40, § 11, da CF, introduzido pela EC nº 20/1998, quer dizer é que os referidos limites deverão aplicar-se ainda que o montante dos vencimentos na atividade os ultrapasse. A consequência inevitável será a de que o valor de um dos proventos deverá ser reduzido a fim de que, somado ao outro, não permita a ocorrência de montante que exceda o valor-limite de remuneração na inatividade.

A norma do art. 40, § 11, da CF, entretanto, só é aplicável atualmente às hipóteses relativas a servidores que ingressaram no serviço público antes das alterações impostas pelas EC nº 20/1998 e 41/2003, hipóteses que se configuram como situações transitórias; é que nesses casos será possível, em tese, que a percepção cumulativa de proventos possa ultrapassar os tetos remuneratórios previstos no art. 37, XI, da CF, com a redação da EC nº 41/2003. Para os novos servidores, porém, a regra é praticamente inaplicável: como seus proventos estarão sujeitos ao teto de benefícios, como registra o art. 40, § 3º, da CF, com a redação da EC nº 41/2003, dificilmente poderão alcançar, mesmo que percebidos os proventos em acumulação, os referidos limites remuneratórios, cujos valores são bem mais elevados que a soma dos proventos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 740).

O que dizer da acumulação de proventos (inatividade) com vencimentos (atividade)? De início, a Carta de 1988 não tratou do assunto, gerando controvérsias, notadamente porque a Constituição de 1967 vedava expressamente a cumulação remuneratória. Mas a EC nº 20/1998 dispôs sobre o tema, ao introduzir o § 10 no art. 37 da CF.

Comentando o assunto, afirma CARVALHO FILHO:

Com pouca diferença, o constituinte retornou ao sistema da Constituição de 1967, com a Emenda 1/69, ou seja, a regra é a da vedação de auferir conjuntamente proventos e vencimentos, excepcionando-se os casos que a norma expressamente menciona: cargos acumuláveis na atividade, cargos eletivos e cargos em comissão. Assim, se um servidor tem o cargo de médico no quadro do Estado e outro cargo (ou emprego) no quadro federal, pode aposentar-se no primeiro e perceber, cumulativamente, os proventos dele oriundos e os vencimentos do outro cargo ou emprego. Fora das hipóteses de permissividade, porém, impõe-se a vedação dos ganhos cumulativos. Mesmo sem estar expresso no texto constitucional, veda-se também a acumulação de dois ou mais proventos com vencimentos da atividade (2015, p. 740).

Sobre o acúmulo de vencimentos e proventos, **vide art. 118, § 3º, da Lei nº 8.112/1990.**

4.21 Pensão por morte

A pensão decorrente da morte do servidor público era igual aos proventos por este recebido, desde a promulgação da CF de 1988. Agora, a EC nº 41/2003 (art. 40, § 7º, CF) alterou esse entendimento. A paridade da pensão com a remuneração do falecido ou com seus proventos foi

suprimida, exceto em relação às pensões concedidas antes da publicação da citada EC n° 41/2003, pois se trata de direito adquirido (art. 3° da citada EC).

A Lei n° 10.887/2004, no art. 2°, estabelece a concessão de pensão por morte “aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”, que será igual:

I – à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite; ou

II – à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite, se o falecimento ocorrer quando o servidor ainda estiver em atividade.

5. PROCESSO ADMINISTRATIVO

5.1 Considerações gerais

Enquanto o *processo judicial* geralmente se instaura mediante provocação de uma das partes (o autor), o *processo administrativo* pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração.

Processo administrativo é matéria jurídica nova entre nós, em termos de estudo e de legislação específica. Eis o que diz MÔNICA MARTINS TOSCANO SIMÕES:

Conquanto o processo administrativo represente extraordinário veículo para a efetiva implantação do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que é recente no Brasil a preocupação com o seu estudo, mormente se se considerar a atenção que a doutrina estrangeira há muito vem conferindo ao tema.

Em nosso país a iniciativa pioneira na matéria coube ao Estado de Sergipe, que, por meio da Lei Complementar 33, de 26.12.1996, instituiu o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública Estadual (2004, p. 13).

Lembramos que o processo encontra-se dentro das funções dos três Poderes. O processo judicial tem função jurisdicional; o processo legislativo tem função legislativa; e o processo administrativo tem função administrativa. Mas o processo administrativo como tal pode ser utilizado na esfera administrativa dos três Poderes. Assim mesmo o diz, na esfera federal, o § 1º do art. 1º, da Lei nº 9.784/1999. **Vide também item 5.4.**

5.2 Processo e/ou procedimento

Processo e procedimento não se confundem. Como diz CARVALHO FILHO, “embora sejam noções que, sob uma visão lógica, estejam intrinsecamente vinculadas, a verdade é que **processo** e **procedimento** são institutos de sentidos diversos” (2007, p. 4). O primeiro é o conjunto de atos que visam à obtenção de decisão sobre uma controvérsia na esfera judicial ou administrativa. O segundo equivale a rito, a forma de proceder. O procedimento se desenvolve dentro de um processo, como é sobejamente sabido.

A doutrina jurídica tem-se debatido em torno de duas posições: a dos que defendem a utilização do termo *processo* e a dos que, em seu detrimento, preferem o vocábulo *procedimento*, no caso da Administração Pública. Dentre outros autores, EGON BOCKMANN MOREIRA apresenta

substancial estudo sobre as divergências doutrinárias em tela. Muitas são as teorias a esse respeito. Para alguns, a atividade *processante* desenvolvida no âmbito da Administração Pública seria meramente *procedimental*, e não *processual*. As alegações são muitas e diversas.

Tem prevalecido ultimamente a utilização do termo *processo*, inclusive por conta de dispositivo constitucional (art. 5º, LV) e de outros infraconstitucionais (legislação federal e estadual, como, em parte, abaixo se explicita). Embora BANDEIRA DE MELLO diga que “não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*”, ele próprio afirma:

Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma e outra (2015, p. 500).

Na esfera federal, as normas sobre processo administrativo estão consubstanciadas na Lei nº 9.784/1999 (LPA) acima citada.

Em Sergipe, como disse MÔNICA SIMÕES, a Lei Complementar nº 33/1996, faz aquele pequenino estado pioneiro. Também BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 499) passou a reconhecer o pioneirismo sergipano nas últimas edições do seu livro, porque, antes, ele citava como pioneira a lei de processo administrativo de São Paulo, de 30/12/1998, ou seja, dois anos depois da lei sergipana. Em Pernambuco tem-se a Lei nº 11.781/2000; em Alagoas, a Lei nº 6.161/2000; em Goiás, a Lei nº 13.800/2001; em Mato Grosso, a Lei nº 7.692/2002; em Minas Gerais, a Lei nº 14.184/2002; no Amazonas, a Lei nº 2.794/2003; em Roraima, a Lei nº 418/2004. Outros Estados vêm trabalhando neste mesmo sentido.

BOCKMANN MOREIRA discorre sobre o processo administrativo do seguinte modo:

Assim, o processo administrativo é uma relação jurídica *dinâmica*, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam. Em uma relação processual os direitos e deveres das pessoas participantes são de direito público – independentemente da natureza jurídica das partes e dos interesses em jogo. Um dos sujeitos exerce poder (dever-poder), oriundo de mandamentos normativos: seja ele membro do Poder Judiciário, seja agente da Administração Pública. Caso contrário não haverá imediato dever de obediência à sequência predefinida de atos, nem tampouco aos ditames de um Estado Democrático de Direito (2007, p. 60).

5.3 Objetivos

São objetivos do processo administrativo, na conformidade do que dispõe o art. 1º da Lei nº 9.784/1999:

1. a proteção dos direitos dos administrados; e
2. o melhor cumprimento dos fins da Administração.

A esse respeito, diz BANDEIRA DE MELLO:

Com acerto, os especialistas observam que o procedimento administrativo atende a um duplo objetivo: a) resguarda os administrados; e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente.

(a) Quanto ao *primeiro objetivo*, salienta-se que enseja ao administrado a possibilidade de que sua voz seja ouvida antes da decisão que irá afetá-lo.

[...]

Trata-se, na verdade, de estabelecer controles “desde dentro”, ou seja, incidentes na própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, ao invés de contentar-se com controles operados de fora, pelo Judiciário, e, portanto, geralmente só utilizáveis *ex post facto*.

De outro lado, o procedimento ou processo administrativo revela-se de grande utilidade para complementar a garantia de defesa jurisdicional porquanto, em seu curso, aspectos de conveniência e oportunidade passíveis de serem levantados pelo interessado podem conduzir a Administração a comportamentos diversos dos que tomaria, em proveito do bom andamento da coisa pública e de quem os exibiu em seu interesse. Ora, tais aspectos não poderiam ser objeto de apreciação na via jurisdicional, que irá topar com o ato sem poder levar em conta senão a dimensão da legalidade.

Aliás, Carlos Ari Sundfeld mostra que centrar o estudo da atividade administrativa apenas no ato administrativo, com prescindência de atenção ao procedimento, tem o inconveniente de deixar encoberta a tramitação sequencial, e, portanto, a existência de um instrumental apto a abortar efeitos lesivos – o que é melhor do que simplesmente remediá-los.

É, de resto, esta faceta a que se acaba de aludir que põe em pauta o segundo objetivo a que o procedimento serve. A saber:

(b) Concorre para uma decisão mais bem informada, mais consequente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de um outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados (2015, p. 509-510).

5.4 Conceito

Tomamos de empréstimo o conceito de IRENE PATRÍCIA NOHARA:

Processo administrativo é a atividade estatal realizada por meio do encadeamento de atos que se direcionam a garantir, seja no exercício de função administrativa, por todos os Poderes, ou, no caso da Administração Pública, também em função atípica (sem substitutividade, definitividade, ou inércia, quer dizer: por provocação ou de ofício), a proteção dos direitos dos administrados, que se dá pelo respeito a garantias constitucionais relacionadas com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e o melhor cumprimento dos fins da Administração (2011, p. 246).

5.5 Espécies

O processo administrativo é gênero que comporta várias espécies, que serão analisadas nesta apostila. Há, entretanto, que considerarmos o posicionamento doutrinário diverso acerca do assunto. Tomaremos as posições assumidas por dois dos nossos mais brilhantes administrativistas: MEIRELLES e BANDEIRA DE MELLO. Isto nós o fazemos para não alongar o estudo, mas, sim, buscando o entendimento ainda mais diverso de outros autores.

5.5.1 A posição de MEIRELLES

Para MEIRELLES são principais espécies do processo administrativo, o processo disciplinar, o processo tributário ou fiscal e o processo ambiental, que, todavia, segundo ele, “vem-se escrevendo e legislando sobre essas espécies como se elas constituíssem categorias autônomas, desvinculadas dos princípios gerais que regem todo o gênero administrativo” (2015, p. 804). Embora o autor já venha há algumas edições citando o processo ambiental, ele não o descreve.

Na abrangência do processo administrativo disciplinar incluiremos os meios sumários para a apuração de faltas disciplinares, porquanto isto nos parece ser o mais didático dentro do nosso estudo.

5.5.1.1 Processo administrativo disciplinar

Essa espécie de processo administrativo, também chamada, com alguma impropriedade, inquérito administrativo, “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 813).

O processo disciplinar é necessário para, como foi visto no capítulo anterior, impor pena de *demissão* ao servidor *estável* (art. 41, § 1º, CF). A jurisprudência tem se posicionado, embora não unanimemente, no sentido de estender o uso dessa espécie de processo administrativo ao servidor

efetivo, que ainda está em *estágio probatório*. Para a demissão dos demais servidores há que se seguir as “exigências constantes do estatuto ou das normas especiais pertinentes, podendo a apuração da falta ser feita por *meios sumários*, desde que assegurada a defesa” (MEIRELLES, 2015, p. 814).

A Súmula Vinculante nº 5 considera que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Portaria da autoridade competente deve ser o instrumento para a instauração do processo administrativo disciplinar. Ali são descritos os atos e fatos a apurar e indicadas as infrações a serem punidas. Designa-se a comissão – especial ou permanente – que deve ser formada por servidores efetivos de categoria igual ou superior à do acusado, a fim de que não seja quebrado o princípio da hierarquia. Na fase de instrução do processo a comissão processante age com liberdade na colheita de provas, “podendo socorrer-se de assessores técnicos e peritos especializados, bem assim examinar quaisquer documentos relacionados com o objeto da investigação, ouvir testemunhas e fazer inspeções *in loco*” (MEIRELLES, 2015, p. 814-815).

Se for o caso, a comissão pode ampliar a imputação, como decidiu o STF, “se durante o processo administrativo forem apurados fatos novos que constituam infração disciplinar” (RMS 24.526). Sendo ampla a defesa desde a citação acusatória, o advogado tem direito ao acesso ainda que em caso de sigilo. Não o tem, contudo, às informações referentes à decretação e execução de diligências alusivas às interceptações telefônicas, como determina a Lei nº 9.296/1996 e o STF, no HC 90.232. Há também que se atentar ao disposto no art. 5º, LV, da CF. Modernamente, tem imperado a tendência de jurisdicionalização do poder disciplinar, com a imposição de condutas formais e obrigatórias para impedir arbitrariedades da Administração contra os investigados.

No caso dos servidores públicos federais, o processo administrativo disciplinar está previsto nos artigos 143 a 146 da Lei nº 8.112/1990, e, nos Estados e nos Municípios nas leis apropriadas.

5.5.1.2 Meios sumários

A Administração Pública, além do processo administrativo disciplinar, pode servir-se de meios sumários para elucidar preliminarmente determinados fatos, ou para apurar faltas menores, ou, ainda, faltas comprovadas na sua flagrância. São a sindicância, a verdade sabida e o termo de declarações do infrator.

I – Sindicância administrativa

Segundo MEIRELLES “é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço público para subsequente instauração de processo e punição” do servidor faltoso. Para ele, a sindicância administrativa é o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar, quando essa precedência ocorrer. Diz, ainda, que a sindicância “tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada” (2015, p. 817).

Apesar da opinião do citado mestre, tem-se admitido amplamente o uso da sindicância administrativa para apurar infrações leves, punidas com advertência ou suspensão até 30 dias, como, aliás, dispõe a Lei nº 8.112/1990 (art. 145, II). Nesse caso, deverá haver oportunidade de defesa (art. 143) para que a sanção aplicada seja válida, como já se disse acima.

Quando, no curso da sindicância, para apurar faltas menores, descobre-se que o caso que está sendo apurado é grave, a sindicância deve tornar-se inquérito, para, daí, iniciar-se o processo disciplinar, na forma do art. 145, III, c/c arts. 146 e 154. **Vide p. único do art. 154.**

GASPARINI leciona que “a sindicância é processo sumário de elucidações de irregularidades no serviço público, para bem caracterizá-las ou para determinar seus autores, para a posterior instauração do competente processo administrativo”. E acresce: “Essa definição, por certo, não inclui a sindicância instituída e regulada na Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais (Lei nº 8.112/90)” (2009, p. 1037). Contudo, enfatiza que:

Na esfera federal, a sindicância é, na realidade, processo administrativo disciplinar, uma vez que, nos termos do art. 143 da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, presta-se para promover a apuração de irregularidades no serviço público, assegurada ao acusado ampla defesa. Ademais e segundo o art. 146 dessa lei, o processo administrativo disciplinar somente é obrigatório sempre que o ato do servidor ensejar a imposição de pena de suspensão por mais de trinta dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão. De sorte que para a aplicação das demais penas (advertência, suspensão por tempo inferior a 30 dias e destituição de função comissionada) pode ser utilizada a sindicância, dado o regime de processo administrativo que essa lei lhe atribuiu (2009, p. 1.036).

BANDEIRA DE MELLO, por seu turno, diz que a sindicância “é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão não excedente de 30

dias (prorrogáveis pela autoridade superior por igual período)” que, se não for concluído “pelo arquivamento do processo ou pela aplicação de penalidade de advertência ou suspensão até 30 dias, assegurada ampla defesa, será instaurado processo disciplinar, o qual é obrigatório sempre que o ilícito praticado ensejar sanção mais grave” (2015, p. 333).

Atente-se, porém, para o que dispõe o art. 133 da Lei nº 8.112/1990, que permite a adoção de procedimento sumário no caso de acumulação indevida de cargos, empregos ou funções públicas, se o servidor, notificado para apresentar defesa no prazo de lei, mostrar-se omissivo. E o art. 140, nos casos de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, segue a adoção do procedimento sumário a que se refere o art. 133. Inclusive, no procedimento sumário de que trata este artigo, a comissão será formada por dois servidores estáveis, ao contrário da comissão de processo disciplinar, que será composta por três servidores estáveis (art. 149, da Lei citada).

II – Sindicância patrimonial

Com o advento do Decreto nº 5.483, de 30/06/2005, foi criada, na esfera federal, a chamada sindicância patrimonial, com procedimento sigiloso e tão somente para fins de investigação, sem conter caráter punitivo. Tal procedimento deve ser instaurado para a apuração de fundada notícia ou indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial não compatível com os recursos e disponibilidades do agente público, na forma do art. 9º, da Lei nº 8.429/1992 (improbidade administrativa).

Essa modalidade de sindicância é encerrada mediante relatório, que poderá propor seu arquivamento ou sua conversão em processo administrativo disciplinar. Dar-se-á conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União e órgãos de controle, citados no art. 10 da lei acima mencionada.

III – Verdade sabida

É o conhecimento pessoal e direto da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator, como no caso de falta cometida pelo servidor na presença do superior hierárquico, ou quando aquele “desautora o superior no ato do recebimento de uma ordem”, como diz MEIRELLES (2015, p. 817). Em casos dessa natureza, cabe à autoridade competente, que presenciou a falta, aplicar a pena pela verdade sabida, fazendo constar do ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida a infração.

Para J. B. DE MENEZES LIMA a verdade sabida “indica o conhecimento imediato, notório e evidencial não só do evento infracional como o de quem foi o responsável por sua autoria. A própria evidência ou a própria notoriedade do fato ocorrido dispensa qualquer outra prova e, conseqüentemente, qualquer outra apuração” (1994, p. 265).

Considera-se, igualmente, como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa, sendo bastante o conhecimento direto da falta pela autoridade competente para aplicar a punição, ou sua notoriedade irretorquível. Alguns, na doutrina, não admitem hoje a aplicação desse meio sumário, tendo em vista o art. 5º, LV, CF. O estatuto dos servidores públicos federais não prevê a aplicação de pena pela verdade sabida. Mas alguns estatutos estaduais ao que parece ainda o fazem, como o do Estado de São Paulo, nos casos de aplicação das penas de repreensão e suspensão (DI PIETRO, 2015, p. 784).

MENEZES LIMA adverte que a verdade sabida “não tem aceitação pacífica e unânime nos meios jurídicos em geral” (1994, p. 266). E acrescenta:

No próprio campo do direito administrativo disciplinar há correntes antagônicas que aprovam e abominam a sua incorporação ao Estatuto como meio jurídico e legal para a aplicação sumária de penalidades disciplinares, sem qualquer apuração prévia da falta cometida.

[...]

No entanto, a dissensão doutrinária, diga-se de passagem, existe tanto quanto com referência à verdade sabida propriamente dita, como com relação às arbitrariedades que, de modo geral, se tem cometido, com flagrante desrespeito a disposições legais maiores e superiores, por parte das autoridades administrativas (1994, p. 266-267).

É verdade que após a Constituição Federal de 1988 poucos estatutos de servidores adotam a verdade sabida. De qualquer forma, em se adotando e aplicando, deve-se assegurar a possibilidade de defesa e o contraditório, na forma do art. 5º, LV, da CF. Do contrário, poderá ocorrer o exemplo popular do feitiço que vira contra o feiticeiro.

IV – Termo de declarações do infrator

É a forma sumária de comprovar faltas menores de servidores, por meio da tomada de seu depoimento. Se confessada a irregularidade que lhe é atribuída, servirá de base para a punição cabível. Mas pode também se constituir em defesa para o inquirido. Se este negar a falta, deverá abrir-se processo administrativo disciplinar para a sua comprovação e legitimação

da punição. Para que tenha validade plena, o termo de declarações deve ser tomado em presença de, no mínimo, duas testemunhas, que o subscreverão.

5.5.1.3 Processo administrativo tributário ou fiscal

Destina-se “à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação do alcance de normas de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou à imposição de penalidade ao contribuinte”, como enseja o ensinamento de MEIRELLES (2015, p. 818).

Engloba todos os procedimentos fiscais próprios, quer na modalidade de *controle* (processos de lançamento de consulta), de *outorga* (processos de isenção) e de *punição* (processos por infração fiscal). Engloba também os processos ditos impróprios, que se referem às simples *autuações de expediente* que têm trâmite nos órgãos tributantes, a fim de notificar o contribuinte, fazer cadastramentos e outros atos de interesse do fisco.

O processo administrativo fiscal na União é disciplinado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, devidamente recepcionado pelo ordenamento jurídico atual.

Deve-se atentar para o Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, lastreado nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que instituiu procedimento administrativo próprio para quebra de sigilo bancário pelas autoridades e agentes tributários da União.

5.5.1.4 Processo ambiental

Como foi registrado no **item 5.5.1**, a obra de MEIRELLES ainda não descreveu o processo ambiental, limitando-se apenas a citá-lo. É correto aludir ao processo ambiental como uma espécie distinta do processo administrativo, como o próprio MEIRELLES reclama? Assim também com relação ao processo tributário ou fiscal? Por que alguns, então, os distinguem do processo administrativo? Será que é por que ambos estão lastreados por legislação inerente a dois ramos autônomos do Direito Público, quais sejam o Direito Ambiental e o Direito Tributário, respectivamente? No nosso entendimento, não procede. Afinal, o processo não deixa de ser administrativo, num e noutro caso, pois quem apura, internamente, as infrações cometidas, quanto ao meio ambiente e ao Fisco, é a própria Administração Pública.

No caso específico do processo ambiental, vários autores do Direito Ambiental fazem referência à tutela administrativa relativa ao meio

ambiente, ora falando em procedimento administrativo, ora se referindo a processo administrativo.

LUÍS PAULO SIRVINSKAS, por exemplo, ao falar da tutela administrativa do meio ambiente, diz que o “procedimento administrativo se desenvolve em diversas fases: a) a instrução do procedimento pelo auto de infração; b) a defesa técnica; c) a colheita de provas, se for o caso; d) a decisão administrativa; e e) eventualmente, o recurso” (2008, p. 575).

ÉDIS MILARÉ, discorrendo sobre o mesmo tema, refere-se ao poder de polícia ambiental, dizendo que “a tutela administrativa do ambiente tem como decorrência, em favor do Estado, o poder de polícia administrativa ambiental, definido como incumbência pelo art. 225 da Constituição Federal, e a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar” (2001, p. 282).

ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO e JOSÉ LIMA SANTANA tratam do assunto, afirmando, que “em apertada síntese, o processo administrativo federal para apuração de infrações administrativas ambientais se desenvolverá na forma seguinte: instauração [...]; lavratura do auto de infração [...]; intimação do autuado [...]; prazo de defesa [...]; alegações finais [...]; prazo para julgamento [...]; prazo para recurso [...]; e recurso em último grau” (2012, p. 407-408). As normas jurídicas aplicadas ao caso são as constantes da Lei nº 9.605/1988 e do Decreto nº 6.514/2008.

O processo ambiental, internamente apurado, é, sim, processo administrativo. Não se deve confundir a tutela administrativa do meio ambiente, com a tutela civil e a tutela penal, que são de outra origem.

5.5.2 A posição de BANDEIRA DE MELLO

BANDEIRA DE MELLO, por seu lado, trata das espécies do processo administrativo sob outra ótica. Ele alude a que há “distintas classificações de procedimento, que o agrupam em função de variados critérios” (2015, p. 510). Ele explana:

Assim, desde logo, fala-se em “procedimentos internos”, que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida íntima da Administração, em contraste com os “procedimentos externos”, de que participam os administrados.

[...]

Evidentemente, o que interessa, sobretudo, são os procedimentos *externos*, pois é em relação a eles que se põe o tema – a ser ao final desenvolvido – dos princípios que se lhes aplicam e, em consequência, as garantias que oferecem ao administrado (2015, p. 511).

Para BANDEIRA DE MELLO, os procedimentos ou processos administrativos externos subdividem-se em:

I – Ampliativos

a) Quanto ao sujeito que os suscitam, podem ser:

a1) De iniciativa do próprio interessado, “como um pedido de permissão de uso de bem público, qual, *exempli gratia*, o de instalação de quiosques ou bancas de jornais em esquina ou praça”.

a2) De iniciativa da Administração, “como uma licitação para aquisição de bens, obras ou serviços”.

b) Quanto à existência ou não de caráter competitivo

b1) Concorrenciais, “como um concurso público para ingresso como servidor na Administração direta, indireta ou fundacional ou uma licitação”.

b2) Simples ou não concorrenciais, “como um pedido de licença para edificar”.

II – Restritivos

a) Meramente restritivos ou ablativos, “como as revogações em geral”.

b) Sancionadores, “que se preordenam à aplicação de uma sanção, como o chamado ‘processo administrativo’ contra o funcionário inculcado de presumível falta ou o ‘procedimento administrativo tributário’” (2015, p. 511-512).

5.6 Princípios do Processo Administrativo

Os princípios do processo administrativo estão contidos no art. 2º da Lei nº 9.784/1999. São, dentre outros, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Todos estes foram estudados em Direito Administrativo I, ao abordarmos os princípios norteadores da Administração Pública. Dentre os “outros” princípios de que fala o dispositivo legal acima citado, a doutrina elenca vários, fundamentados geralmente nos critérios dispostos no parágrafo único do referido art. 2º. Analisaremos alguns.

5.6.1 Legalidade objetiva

O processo administrativo deve ser instaurado com fundamento e para a preservação da lei, ou seja, deve ter por base uma norma legal específica, sob a pena de invalidação (parágrafo único, incisos I e II).

5.6.2 Oficialidade ou impulsão

Atribui sempre a motivação do processo administrativo à Administração, mesmo se instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado pertence ao poder Público. O processo deve ser impulsionado, não devendo ficar parado (p. único, XII). Se houver retardamento ou desinteresse por parte da Administração, infringe-se o princípio da oficialidade e os agentes públicos podem ser responsabilizados pela omissão. Por conta desse princípio, o processo não se extingue pelo decurso do tempo, salvo quando a lei expressamente o estabelece.

Não se admite a invocação desse princípio para a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, como dispõe o art. 30 da lei referida.

5.6.3 Informalismo (ou formalismo moderado)

Dispensa ritos sacramentais e formas rígidas. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental (parágrafo único, inciso IX). Entretanto, se a lei “impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes” (MEIRELLES, 2015, p. 806).

DI PIETRO não destoa do pensamento antes exposto:

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é *formal* no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é *informal* no sentido de que não está sujeito a formas rígidas (2015, p. 772).

É importante observar que o art. 2º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/1999, expressa que o formalismo somente deve existir quando seja preciso para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares. Como diz DI PIETRO: “Trata-se de aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em relação às formas” (2015, p. 773).

Por sua vez, BANDEIRA DE MELLO adverte:

Sem embargo, dito princípio não se aplica aos procedimentos *concorrenciais*, na medida em que sua utilização afetaria a garantia da igualdade dos concorrentes. Assim, não é aplicável à generalidade dos procedimentos, visto que existe esta exceção apontada (2015, p. 517).

5.6.4 Verdade material, substancial ou real

Também chamada de liberdade na prova, é corolário do princípio da oficialidade, uma vez que autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita, até onde for possível, de que a autoridade processante tenha conhecimento, desde que a faça transladar para o processo. Em outras palavras, “a Administração não deve se restringir ao alegado pelas partes, mas pode, de ofício, investigar fatos e solicitar informações” (NOHARA, 2011, p. 253).

Segundo MEIRELLES é “a busca da *verdade material* em contraste com a *verdade formal*”. Diz ele que:

Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela (2015, p. 807). **Vide arts. 155 e 156, da Lei nº 8.112/1990.**

NOHARA enfatiza, com acerto, que até mesmo “no reexame predomina um formalismo menos exacerbado do que aquele encontrado no processo civil, pois os recursos hierárquicos admitem arguições que contenham novas alegações, a matéria de fato pode ser reexaminada e também pode acontecer a produção de novas provas” (2011, p. 253). **Vide item 5.7.6.**

5.6.5 Garantia da ampla defesa e do contraditório

É a observância do rito adequado como a comunicação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar, produzir provas, acompanhar os atos e valer-se dos recursos cabíveis (parágrafo único, inciso X). DI PIETRO assinala que esse princípio “é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas” (2015 p. 774). Está assegurado no inciso LV, art. 5º da CF, ao lado, segundo alguns doutrinadores, do inciso LIV, do mesmo artigo, no qual se funda o devido processo legal, e deste decorrendo o contraditório.

Sobre esse princípio, diz MEIRELLES:

Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. A cientificação deve ser pessoal, sendo admitida a feita mediante publicação oficial (Diário Oficial) nas hipóteses em que a parte interessada estiver em lugar incerto e não sabido (art. 26, § 4º, da Lei nº 9.784/99), sob pena de lesão ao contraditório e à ampla defesa (2015, p. 807-808).

5.6.6 Publicidade

Os atos do processo devem ser divulgados pelos meios oficiais. Esta é uma decorrência do art. 37, CF, como é notório. Observa-se, inclusive, o art. 5º, XXXIV da CF (fornecimento de certidões). Vide, ainda, os artigos 2º, parágrafo único, inciso V, e 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, e os artigos 150, parágrafo único, e 151 da Lei nº 8.112/1990.

DI PIETRO chama atenção para o fato de que o direito de acesso ao processo administrativo “é mais amplo do que o de acesso ao processo judicial”. Neste, via de regra, somente as partes e seus defensores podem exercer o direito de acesso. No primeiro, qualquer pessoa é titular desse direito, “desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação, assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição” (2015, p. 770).

A sempre atenta mestra da USP faz as seguintes e pertinentes observações:

É evidente que o direito de acesso não pode ser exercido abusivamente, sob pena de tumultuar o andamento dos serviços públicos administrativos; para exercer esse direito, deve a pessoa demonstrar qual o seu interesse individual, se for o caso, ou qual o interesse coletivo que pretende defender.

O direito de acesso ao processo não se confunde com o direito de “vista”, que somente é assegurado às pessoas diretamente atingidas por ato da Administração, para possibilitar o exercício do seu direito de defesa (2015, p. 770-771).

O direito de acesso pode ser restringido, mas tão somente nos casos previstos no art. 5º, incisos XXXIII (razões de segurança nacional, hipótese em que o sigilo deve ser preservado) e LX (restrição da publicidade dos atos processuais quando assim o exigirem a defesa da intimidade ou o interesse social), da CF.

5.6.7 Gratuidade

Diferente ao processo judicial, no processo administrativo não é admissível a onerosidade, visto que uma das partes é a própria Administração. A regra da gratuidade foi consagrada pelo art. 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei nº 9.784/1999, que desautoriza a “cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei”. A regra, portanto, é a gratuidade, salvo se alguma lei específica exigir alguma cobrança em determinados casos.

Mas BANDEIRA DE MELLO diz que, no caso de onerosidade, quando a lei assim o determinar, “o que se haverá de garantir é a modicidade das taxas ou emolumentos porventura cobrados para acobertar despesas por ele suscitadas” (2015, p. 517).

5.6.8 Atipicidade

Há quem defenda o princípio da atipicidade no processo administrativo, ao contrário da tipicidade prevista no Direito Penal, decorrente do princípio da reserva legal. Isto porque, como sentencia DI PIETRO, “no direito administrativo prevalece a atipicidade, no sentido de que muitas infrações administrativas não são descritas com precisão na lei”. Tome-se como exemplo algumas infrações previstas na Lei nº 8.666/1993, cujo art. 87 se limita a falar em “inexecução total ou parcial do contrato”, especificando as sanções, sem estabelecer as hipóteses em que são cabíveis. E acrescenta DI PIETRO:

Essas infrações ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que deverá decidir diante das circunstâncias de cada caso concreto. É a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público (2015, p. 776).

Esse princípio, todavia, está mais afeito ao processo administrativo disciplinar.

5.6.9 Pluralidade de instâncias

É uma decorrência do “poder de auto-tutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos; esse poder está reconhecido pelo STF, conforme Súmulas nºs 346 e 473” (DI PIETRO, 2015, p. 777). A este

princípio BANDEIRA DE MELLO chama de princípio da revisibilidade (2015, p. 515).

Tantas serão as instâncias quantas forem as autoridades administrativas com atribuições superiores na escala hierárquica. No caso da esfera federal, o art. 57 da Lei nº 9.784/1999 limitou a “três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”.

É de lembrar que, “independentemente de ter-se esgotado a via administrativa, ainda cabe **reclamação administrativa** ao Supremo Tribunal Federal quando o ato administrativo contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente (conforme artigo 103-A, § 3º, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19-12-06)” (DI PIETRO, 2015, p. 778).

A autora citada mostra diferenças que existem entre o processo civil e o administrativo:

Também quanto ao princípio da pluralidade de instâncias existem algumas diferenças entre o processo civil e o administrativo; neste último, é possível (e naquele não):

- a) alegar em instância superior o que não foi arguido no início;
- b) reexaminar a matéria de fato;
- c) produzir novas provas.

Isto porque o que se objetiva, com a possibilidade de reexame, é a preservação da legalidade administrativa (2015, p. 778).

E quando a decisão partir da autoridade máxima? Nesse caso, caberá apenas *pedido de reconsideração*. Na falta de atendimento, restará a via judicial.

5.6.10 Economia processual

Decorrente do princípio do informalismo, a economia processual “admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a Administração ou o Administrado” (DI PIETRO, 2015, p. 778).

5.6.11 Lealdade e boa-fé

Na visão de BANDEIRA DE MELLO, de acordo com esse princípio “a Administração, em todo o transcurso do procedimento, está adstrita a agir de maneira lhana, sincera, ficando, evidentemente, interditos quaisquer comportamentos astuciosos, arditos, ou que, por vias transversas,

concorram para entravar a exibição das razões ou direitos do administrado” (2015, p. 516).

Além dos princípios elencados, alguns doutrinadores referem-se a outros mais, variando deste para aquele autor.

5.7 Fases do Processo Administrativo

5.7.1 Instauração

Apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo por ato da própria Administração ou requerimento do interessado, (art. 5º da Lei nº 9.784/1999). Quando emana da própria Administração deve materializar-se em portaria, auto de infração, representação ou despacho inicial da autoridade competente; se for provocada pelo interessado (servidor ou administrado) deve formalizar-se por requerimento ou petição. A peça inicial deve descrever os fatos com precisão, delimitando o objeto da demanda e ensejando a mais ampla defesa.

5.7.2 Instrução

Fase de elucidação dos fatos, com a produção de provas da acusação, no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga (artigos 29 e seguintes da Lei supracitada). É preciso combater os defeitos da instrução, que, do contrário, podem conduzir à invalidação do processo ou do julgamento. Nos processos punitivos as providências relativas à instrução são de competência da autoridade ou comissão processante. Nos demais casos, é cabível aos próprios interessados, que devem apresentar diretamente as provas consideradas pertinentes ou solicitar a sua produção, na forma regulamentar. **Vide arts. 151, II, 154, Lei nº 8.112/1990.**

5.7.3 Defesa

Compreende a ciência ao acusado, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a oitiva e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (arts. 31 a 44, Lei nº 9.784/1999). Provas protelatórias ou impertinentes podem ser rejeitadas pela autoridade processante, devendo, para tanto, justificar de forma objetiva sua rejeição. A defesa pode ser apresentada pelo próprio acusado ou por advogado constituído. **Vide arts. 143, 151, II, 153, 161 e seus §§, todos da Lei nº 8.112/1990.**

5.7.4 Relatório

É a síntese do que foi apurado no processo, feita por quem a produziu ou pela comissão processante, constando a apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido e proposta conclusiva para a tomada de decisão pela autoridade competente. Trata-se de peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os próprios interessados. Assim, a autoridade julgadora pode divergir do relatório apresentado, desde que não haja ofensa ao interesse público. Para tal, deve fundamentar sua “decisão em elementos existentes no processo ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva ou, mesmo, deferitória ou indeferitória da pretensão postulada” (MEIRELLES, 2015, p. 810). **Vide art. 47 da Lei nº 9.784/1999 e art. 166 da Lei nº 8.112/1990.**

5.7.5 Julgamento

Decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Normalmente baseia-se no relatório, mas este pode ser desprezado ou contrariado pela autoridade julgadora, quer por interpretação diferente das normas legais aplicáveis ao caso, quer por chegar a conclusões fáticas diversas daquelas a que chegou a comissão processante (artigos 48 e 49, da Lei nº 9.784/1999). É oportuno salientar que o julgamento deve ser motivado com base na acusação, na defesa e nas provas coligidas. O julgamento não é discricionário.

A autoridade julgadora tem a liberdade de produzir provas e escolher a graduação das penas aplicáveis, caso a norma legal dê margem para tanto. **Vide art. 167, Lei nº 8.112/1990.**

5.7.6 Pedido de Revisão

Se houver novos argumentos, pode o interessado pedir que seja reconsiderada a decisão (art. 65, Lei nº 9.784/1999). **Vide art. 174 e seguintes da Lei nº 8.112/1990. Vide também item 5.6.4**

5.7.7. Recurso

Após a decisão cabe recurso para a autoridade hierarquicamente superior. Os recursos não estão sistematizados e se encontram em leis esparsas, devendo ser vistos caso a caso (art. 56 e seguinte, da Lei nº 9.784/1999). **Vide art. 153, *in fine*, da Lei nº 8.112/1990.**

Sobre recursos administrativos, incluindo revisão, **vide item 7.4.2.3** desta apostila.

5.8 Modalidades do Processo Administrativo

Além do processo administrativo disciplinar, MEIRELLES (2015, p. 811-813) elenca outras modalidades de processo administrativo, como se verá a seguir.

5.8.1 Processo de expediente

É toda atuação que tramita pelas repartições públicas por provocação do interessado ou por determinação da própria Administração, com o fim de receber a solução adequada. Não tem procedimento próprio nem rito solene. Seguem, portanto, canais rotineiros para informações, pareceres, despacho final da chefia competente e subsequente arquivamento.

Segundo GASPARINI, tais “processos não criam, não modificam nem extinguem direitos de quem quer que seja”, como também não têm “efeito vinculante para qualquer das partes nem fazem coisa julgada administrativa, podendo, assim, ser arquivados a qualquer momento pela Administração Pública se não tiver mais interesse no seu prosseguimento” (2009, p. 1020).

Tais expedientes são chamados “processos”, de forma indevida pela burocracia administrativa. Exemplos: pedidos de certidões, apresentações de documentos para certos registros internos e outros da rotina burocrática, como assinala MEIRELLES (2015, p. 811).

5.8.2 Processo de outorga

É o que serve para se pleitear algum direito ou situação individual perante a Administração. É normalmente de *rito especial*, mas não contraditório, salvo se houver oposição de terceiros ou impugnação da própria Administração, casos em que se dará oportunidade de defesa ao interessado, sob a pena de nulidade da decisão final.

Podem ser tomados como exemplos desse tipo os processos de licenciamento de edificação, de registro de marcas e patentes, de pesquisa e lavra de jazidas, de concessão e permissão, de isenção condicionada de tributos e outros em que fique caracterizada a natureza negocial entre o particular e a Administração ou alcancem atividades sujeitas a fiscalização do Poder Público.

As decisões finais normalmente geram um direito subjetivo, e, por isso, tornam-se vinculantes e irretroatáveis pela Administração, salvo no que

concerne aos “atos precários, que, por natureza admitem modificação ou supressão sumária a qualquer tempo. Nos demais casos a decisão é definitiva e só modificável quando eivada de nulidade originária, ou por infringência das normas legais no decorrer da execução ou, ainda, por interesse público superveniente que justifique a revogação da outorga com a devida indenização, que pode chegar ao caso de prévia desapropriação” (MEIRELLES, 2015, p. 811-812).

5.8.3 Processo de controle

É aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou do servidor, com caráter vinculante para as partes. Há quem diga que são apenas os que abrangem atividades sujeitas à fiscalização do Poder Público. Têm-se como exemplos os processos de prestação de contas perante órgãos públicos (adiantamentos ou suprimentos de fundo etc.), os de verificação de atividades sujeitas a fiscalização, o de lançamento de tributos e os de consulta fiscal.

5.8.4 Processo punitivo

É o promovido pelo Administrativo para imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. É contraditório. Baseia-se em auto de infração, representação ou peça equivalente. O processo punitivo, na visão de MEIRELLES, “poderá ser realizado por um só representante da Administração ou por comissão”. O essencial, diz ele, “é que se desenvolva com regularidade formal em todas as suas fases, para legitimar a sanção imposta a final” (2015, p. 813). Em tais procedimentos podem ser adotados, subsidiariamente, os preceitos do processo penal comum, desde que não conflitantes com as normas administrativas pertinentes.

A graduação das sanções administrativas é discricionária, mas não é arbitrária, devendo, por isso, guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no processo. Assim, como adverte GASPARINI, “se a multa for suficiente para recompor o interesse público violado, não deve o agente público aplicar a pena de demolição, dado que não seria correspondente nem proporcional à infração cometida” (2009, p. 1019). Além disso, deve haver previsão em norma legal, pois a Administração não pode aplicar sanções não previstas em lei ou contrato, observando-se o princípio do devido processo legal.

5.9 Impedimento e suspeição

NOHARA aduz que apesar de “as relações no processo administrativo não serem triangulares [como no processo judicial, em que,

além das partes tem a figura do juiz equidistante], pois não há substitutividade, para que haja obediência à ampla defesa é imprescindível que existam regras de impedimento e suspeição, que garantam a imparcialidade na apreciação da autoridade para decidir” (2011, p. 261).

O legislador federal houve por bem reconhecer hipóteses de impedimento e suspeição.

Pela inteligência do art. 18, da LPA, está impedido de atuar no processo administrativo o servidor ou a 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.

Quem incorrer em impedimento (autoridade ou servidor) deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar no processo (art. 19). Caso se omita do dever de comunicar o impedimento incorrerá em falta grave, para efeitos disciplinares (parágrafo único).

Ao passo que o impedimento tem caráter mais objetivo, a suspeição, que pode ser arguida, tem índole mais subjetiva, pois envolve “amizade íntima ou inimizade notória com alguns dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau” (art. 20). Caso a alegação de suspeição seja indeferida, caberá recurso, sem efeito suspensivo (art. 21).

Alguns doutrinadores consideram “que o rol de hipóteses tanto de impedimento como de suspeição não é taxativo, ou seja, se houver outra hipótese na qual se evidencie a quebra da imparcialidade, ela pode dar ensejo ao afastamento da autoridade competente para decidir” (NOHARA, 2011, p. 261-62). Parece-nos correta esta posição.

5.10 Razoável duração do processo administrativo e prazos da LPA

Antes mesmo da positivação do inciso LXXVIII do art. 5º da Magna Carta, através da EC nº 45/2004, as leis que tratam do processo administrativo já estabeleciam prazos razoáveis para a prática dos atos. A Administração Pública precisa ser célere, o quanto possível, para garantir o

direito subjetivo do interessado em obter uma decisão no lapso temporal previsto em lei. Não sendo os prazos legais observados, pode-se impetrar mandado de segurança, para a obtenção do seu cumprimento. E caso a demora cause dano ao interessado, poderá recair sobre a Administração Pública a responsabilidade prevista no art. 39, § 6º, CF. A doutrina, contudo, divide-se: por conta da omissão em decidir, entendem alguns que a responsabilidade do Estado é subjetiva, enquanto outros a entendem como objetiva. **Vide art. 42, §§ 1º e 2º, LPA.**

São prazos da LPA (Lei nº 9.784/1999):

- **5 dias:** dilatados até o dobro, mediante comprovada justificação, para a prática de atos em geral, salvo motivo de força maior ou disposição específica (art. 24 e p. único); o mesmo prazo para apresentação de alegações por parte dos interessados, quando houver apresentação de recurso (art. 62);
- **3 dias úteis:** no mínimo, para intimar o cidadão ao comparecimento ou à produção de prova ou diligência ordenada, caso em que será mencionada data, hora e local de realização (art. 26, § 2º, e 41);
- **15 dias:** prazo máximo para emissão de parecer de órgão consultivo, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo (art. 42);
- **10 dias:** para manifestação do interessado, após o encerramento da instrução (art. 44);
- **30 dias:** da conclusão da instrução do processo administrativo, para que a Administração decida, prorrogáveis por igual período, desde que haja expressa motivação (art. 49);
- **5 anos:** para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fe (art. 54);
- **10 dias:** para interpor recurso administrativo, contados da data da ciência ou divulgação oficial da decisão (art. 59); e
- **30 dias:** a partir do recebimento dos autos, para a decisão do recurso administrativo (art. 59, § 1º).

O art. 66 da LPA prevê, ainda, regras para contar os prazos, que começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da

contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. Os prazos expressos em dias contam-se do modo contínuo, enquanto os prazos fixados em meses e anos são contados de data a data. Caso no mês do vencimento não haja dia equivalente àquele do dia do prazo, tem-se como termo o último dia do mês. Exemplo: se o início do prazo de três meses for no dia 31 de janeiro, o termo será no dia 30 de abril, pois este mês não tem 31 dias.

O prazo prorroga-se até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem (art. 67).

5.11 Prioridade na tramitação

A Lei nº 12.008/2009 acrescentou o art. 69-A à LPA, determinando prioridades na tramitação, em qualquer órgão ou instância, dos processos administrativos em que figurem como parte ou interessado:

I – pessoa com idade superior a 60 anos;

II – pessoa portadora de deficiência, física ou mental; ou

III – pessoa portadora de determinadas doenças, todas elencadas do dispositivo, ou de doença grave, conforme dispuser a medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

Sabemos que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) já prevê a tramitação prioritária aos maiores de 60 anos. A LPA inovou quanto aos demais casos. Cuida-se em impedir que processos extremamente morosos durem mais do que a vida do interessado, “gerando, muitas vezes, um provimento já sem utilidade, uma vez que quando a ação é considerada intransmissível, a morte do interessado acarreta a extinção do processo” (NOHARA, 2011, p. 264).

6 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL (OU CIVIL) DO ESTADO

7.1 Considerações gerais

Entende-se por responsabilidade extracontratual ou civil a que trata da obrigação de reparar danos patrimoniais.

A responsabilidade civil da Administração Pública (ou do Estado) é a que impõe à fazenda Pública a obrigação de reparar o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas funções ou sob o pretexto de fazê-lo. Como enfatiza MEIRELLES, “é distinta da responsabilidade contratual e da legal” (2015, p. 762).

BANDEIRA DE MELLO diz, com apurada correção, que cabe ao Estado a obrigação de reparar economicamente os danos lesivos a terceiros “e que lhe sejam [ao Estado] imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (2015, p. 1021).

7.2 Evolução

O tema da responsabilidade civil da Administração comporta várias teorias ao longo dos tempos. Partiu-se do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa; daí, para o da responsabilidade civilística, culminando na responsabilidade pública.

7.2.1 Teoria da irresponsabilidade

Vigente nos Estados absolutistas, essa teoria conferia ao Estado autoridade incontestável. Daí o princípio de que o “rei não pode errar” (“*The King can do no wrong*”, como diziam os ingleses, ou “*Le roi ne peut mal faire*”, como era dito em França). Era o princípio da infabilidade real, extensiva aos seus representantes. Tornou-se bastante conhecida, a esse respeito, a frase de Laferrière: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação” (*Apud* BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1029).

Os Estados Unidos e a Inglaterra foram os dois últimos Estados a sustentar essa teoria, somente abandonando-a em 1946 e 1947, respectivamente, “embora sem a extensão que seria de desejar, posto que ainda apresenta caracteres algo restritivos”, como lembra BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 1021).

No Brasil parece que a teoria da irresponsabilidade do Estado não fez andanças, ou seja, jamais foi aceita, embora alguns admitam o inverso. BANDEIRA DE MELLO anota algumas informações no sentido de que nós jamais adotamos essa teoria perversa em relação aos governados. Cita, por exemplo, AMARO CAVALCANTI, Ministro do STF, que, em 1904, disse que “[...] no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes”, e cita, igualmente, RUI BARBOSA, que afirmou que “os julgados, na magistratura municipal, na estadual e na federal, repetidos e uniformes em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento dos arestos, que fazem talvez de nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas” (2015, p. 1054).

Embora o art. 178, nº 29, da Constituição de 1824 estabelecesse que os empregados públicos fossem “estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”, o entendimento que se tinha à época era de que não se excluía a responsabilidade do Estado, consagrando apenas a responsabilidade do agente público. Admitia-se, sim, a solidariedade do Estado, como atestou PIMENTA BUENO, em 1850, no seu livro *Direito Público Brasileiro*, citado na apostila de *Direito Administrativo I*. O citado dispositivo foi repetido no art. 82 da Carta de 1891, mas, pela lição de RUI BARBOSA, não logrou aplicação.

Por sua vez, DI PIETRO diz que as Cartas de 1824 e de 1891 “não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções”. Mas, alude a mestra ao fato de que naqueles idos “havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correios” (2015, p. 791). É a solidariedade de que falava PIMENTA BUENO.

7.2.2 Teorias Civilistas

7.2.2.1 Distinção entre atos de império e de gestão

Ao ser admitida a responsabilidade do Estado, nos fins do século XIX, foram adotados os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa, resultando, daí, a teoria civilista da culpa.

De início, foram distinguidos, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão.

I – Atos de império

Os atos de império “seriam praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, e impostos unilateral e coercitivamente ao particular, independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes” (DI PIETRO, 2015, p. 787).

II - Atos de gestão

Os atos de gestão “seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum” (DI PIETRO, 2015, p. 787-788).

Essa teoria, assim distinguindo os atos administrativos, ocasionou grande oposição, sobretudo pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado.

7.2.2.2 Teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva

Mesmo sendo abandonada a distinção acima referida, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, “sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular”, no dizer de GASPARINI (2009, p. 1045). Assim, acata-se a teoria civilista, desde que demonstrada a culpa do Estado, equiparando-se a responsabilidade deste “à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos”, como salienta DI PIETRO (2015, p. 788). Estava criada a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Segundo GASPARINI, “essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado”, caso em que se comparava ao particular, respondendo ambos “conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam” (2009, p. 1045).

A teoria subjetiva, dominante na época, inspirou o art. 15 do Código Civil de 1916. O citado dispositivo consagrou, portanto, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado, a bem dizer, de forma equivocada, o que ocasionou divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

7.2.3 Teorias publicistas

7.2.3.1 Teoria da culpa administrativa

Representa “o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração”, como salienta MEIRELLES (2015, p. 764).

A vítima, além da lesão sofrida, deve comprovar a falta do serviço para obter indenização, caracterizando o binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já não se cogita da culpa subjetiva do agente administrativo, mas avalia-se a falta objetiva do serviço em si mesmo considerado, como fato que gera a obrigação de reparar o dano causado a terceiro. Como falta do serviço deve-se compreender a sua inexistência, mau funcionamento ou retardamento da prestação. Na ocorrência de qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa da Administração, ensejando a obrigação de indenizar.

7.2.3.2 Teoria da responsabilidade objetiva

Sob a inspiração das decisões do Conselho de Estado francês, como lembra GASPARINI (2009, p. 1046-1047), surgiu a teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa ou teoria da responsabilidade objetiva, também chamada simplesmente teoria objetiva. A ideia de culpa é substituída pelo nexa da causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.

A doutrina divide-a em:

I - Teoria do risco administrativo

Obriga a indenizar o dano gerado pelo ato lesivo e injusto causado à vítima para Administração, sem exigir qualquer falta no serviço público ou culpa de seus agentes. Basta o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.

Essa teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a determinados membros da comunidade, impondo-lhe um ônus que não recai sobre outros membros. Estes, por sua vez, suportam solidariamente o ônus da reparação do dano, através dos cofres públicos.

Para ONOFRE MENDES JR. “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 764). Muitos Estados modernos acataram tal doutrina, a exemplo do Brasil (art. 146 da CF de 1946).

Deve ser lembrado que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que esta demonstre a culpa da vítima, quando for o caso, para excluir ou diminuir a indenização.

II - Teoria do risco integral

Pode-se dizer que é a modalidade brutal da doutrina do risco administrativo. A Administração teria de reparar o dano mesmo que resultasse de culpa ou dolo da vítima. Na prática, não vingou entre nós. Ora, admitir esta doutrina seria um absurdo, pois conduziria “ao abuso e à iniquidade social”, como enfatiza MEIRELLES. Embora essa teoria jamais fora acolhida pela doutrina pátria, uns poucos sustentaram “sua admissibilidade no texto das Constituições da República” (2015, p. 765), a jurisprudência, por sua vez, de Pretórios estaduais a federais, tem consagrado a teoria do risco objetivo, mas sob a modalidade do risco administrativo, e não do risco integral.

A esse respeito, diz CARVALHO FILHO:

O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. É essa a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral, que [...] é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno. Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano. Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano (2015, p. 584).

De forma lúcida, outra não deve ser a posição da melhor doutrina.

7.2.3.3 Casos especiais

I – Fatos imprevisíveis

Há, ainda, de se analisar a ocorrência de fatos imprevisíveis, estudados no capítulo atinente aos contratos administrativos, muito embora deve-se atentar para possíveis casos que resultem de **concausas** (em que o evento lesivo é fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso), hipótese em que não se pode

“falar em excludente de responsabilidade”, no que tange ao Estado, como afirma CARVALHO FILHO, para acrescentar, citando BANDEIRA DE MELLO:

Como o Estado deu causa ao resultado, segue-se que a ele será imputada responsabilidade civil. Por respeito à equidade, porém, a indenização será mitigada, cabendo ao Estado *reparar o dano de forma proporcional à sua participação no evento lesivo* e ao lesado arcar com o prejuízo correspondente a sua própria conduta (2015, p. 587).

Voltaremos ao assunto **no item 6.4**, apontando, inclusive, que GASPARINI e BANDEIRA DE MELLO têm pensamento idêntico ao acima exposto, em relação à *concausa*.

II – Atos de multidões

O que dizer de atos praticados por multidões, tão comuns nos dias hodiernos, em que a fúria destruidora de ajuntamentos de pessoas causa lesões a bens particulares, normalmente em momentos de protestos?

CARVALHO FILHO, diante da interrogação acerca da repercussão de atos desse tipo na responsabilidade civil do Estado, responde:

A regra, aceita no direito moderno, é a de que os danos causados ao indivíduo em decorrência exclusivamente de tais atos não acarreta a responsabilidade civil do Estado, já que, na verdade, são tidos como atos praticados por terceiros. Sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por falta de nexo causal entre atos estatais e o dano. Pelo inusitado ou pela rapidez com que os fatos ocorrem, não se pode atribuir os seus efeitos a qualquer ação ou omissão do Poder Público (2015, p. 587-588).

Mas o autor citado adverte, com precisão, que, “em certas situações, se torna notória a omissão do Poder Público, porque teria ele a possibilidade de garantir o patrimônio das pessoas e evitar os danos provocados pela multidão”. Assim sendo, “é claro que existe uma conduta omissiva do Estado, assim como é indiscutível o reconhecimento do nexos de causalidade entre a conduta e o dano, configurando-se, então, a responsabilidade civil do Estado” (2015, p. 588). Esse é o caminho trilhado pela jurisprudência.

7.2.3.4 Responsabilidade primária e subsidiária

Esse tem sido um tema debatido com frequência pelos estudiosos do Direito Administrativo, naquilo que diz respeito às condutas estatais.

Tem-se que “a responsabilidade do Estado será *primária* quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes”. Mas há casos em que a responsabilidade do Estado não será primária, mas secundária, uma vez que “há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público”, como pode ser o caso da delegação de um serviço público, por concessão ou permissão, ou da execução de uma obra pública mediante contrato administrativo. Nesse caso, se o agente de uma empresa delegatária ou contratada causar dano a alguém, a responsabilidade primária é da empresa.

A responsabilidade subsidiária do Estado “somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir a sua obrigação de reparar o dano” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 593).

Porém, é preciso averiguar se o Estado (ou a Administração) concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (nos casos de negligência e omissão administrativa). Se assim for, “haverá realmente solidariedade”, pois “a Administração terá agido com *culpa in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano”, diz o autor acima citado (2015, p. 593). Ele faz, todavia, uma ressalva:

Contudo, se a culpa é *exclusiva* da pessoa prestadora do serviço, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. Resulta, pois, nessa hipótese, que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte legítima *ad causam* na referida ação (CARVALHO FILHO, 2015, p. 593).

7.3 Disposições atuais: constitucional e civil

O parágrafo 6º do art. 37, da CF de 1988, manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo, com os aplausos da melhor doutrina e com a admissão reiterada da jurisprudência.

MEIRELLES observa que:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo *agente*, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido em exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua

competência administrativa. O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída (2015, p. 768-769).

O que dizer da responsabilidade do Estado pela morte de um detento causada por um colega de cela? Ou da morte de um transeunte causada pela falta de tampa em um bueiro? E da vítima atingida por projétil perdido durante um tiroteio entre policiais e bandidos? Casos que tais já mereceram apreciação por parte do STF.

No rastro da Constituição, o art. 43 do Código Civil de 2002, estabelece que “as pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo”.

7.4 Exclusão da responsabilidade

Ao Estado não cabe indenizar em toda e qualquer circunstância. Aliás, vimos isso nos **itens 6.2.3.3 e 6.2.3.4**. Como lembra GASPARINI, “o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano, embora nessa hipótese se possa afirmar que o Estado só em parte colaborou para o evento danoso”. O aludido mestre cita antigo julgado do então Tribunal Federal de Recursos que cedeu lugar ao STJ, dando conta de que “se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição”. Para ele, essa decisão tem “plena aplicabilidade no regime da Lei Maior vigente” (2009, p. 1048).

Também não cabe ao Estado indenizar os danos causados em decorrência de acontecimentos imprevisíveis e irresistíveis, como se dá na ocorrência de caso fortuito ou força maior (vendaval, inundação, nevasca, greve, grave perturbação da ordem etc.).

Contudo, é preciso restar provada a não responsabilidade, total ou parcial, do Estado em casos que tais. Se, por exemplo, a inundação é causada pela falta de desobstrução das galerias pluviais, a cargo da Prefeitura? Se uma ventania de mediana proporção vem a derrubar uma árvore visivelmente carcomida por cupins, estando a mesma numa praça, e vem a danificar um carro estacionado nas imediações, posto que lugar apropriado para tal? Nesses casos, há de reconhecer-se a negligência do

Poder Público. Logo, se cabia à Administração desobstruir as galerias ou zelar pelas árvores da praça, deve indenizar.

E se a vítima concorreu, totalmente, para o evento danoso? É o caso, por exemplo, do indivíduo que estacionou o carro nas proximidades da árvore carcomida, tendo a autoridade administrativa, providenciado o isolamento do local, mas, ainda assim, o tal sujeito, ignorando a faixa de isolamento, estacionou o carro, fazendo com que parte dele ficasse sob a faixa usada para o citado isolamento. Ou o caso em que o indivíduo se atira, deliberadamente, sob as rodas de um veículo público.

Nesses e noutros casos semelhantes, “não cabe qualquer responsabilidade ao Estado, pois não está presente o nexu indispensável entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima”, como diz GASPARINI. Ao contrário, no exemplo do sujeito que se atira sob o carro, “se algum prejuízo deve ser indenizado é o do Estado, pois foi a vítima quem, com sua contribuição exclusiva e total para o evento, causou dano ao veículo público [ao menos quando isso restar provado]” (2009, p. 1049).

Importante, todavia, essa observação de GASPARINI:

Pode ocorrer, no entanto, que a vítima apenas concorreu para o evento danoso, não sendo a única responsável pelo resultado. Ela e o Estado, em partes iguais ou não, contribuíram para a ocorrência do evento danoso. O dano, no caso, tem origem em dupla causa, pois decorrente de ação do Estado e do comportamento da vítima. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de o problema das *concausas*. Provado, pois, que a vítima participou, de algum modo, para o resultado gravoso, exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na exata proporção dessa participação. Destarte, sua responsabilidade, nesses casos, será sempre parcial, na medida em que se leva em conta a colaboração da vítima na produção do acontecimento danoso (2009, p. 1049).

De qualquer forma, “cabe ao Estado provar a existência das mencionadas causas de exclusão de sua responsabilidade”, alerta GASPARINI (2009, p. 1049).

7.5 O dano reparável

O dano, de acordo com GASPARINI (2009, p. 1050), só é reparável pelo Estado causador do evento gravoso se for:

I – certo (possível, real, efetivo, aferível, presente), excluindo-se, portanto, o dano eventual;

II – especial (individualizado, ou seja, referente à vítima), e não geral, que se configuraria em ônus comum à vida em sociedade;

III – anormal (que excede os inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes da vida em sociedade);

IV – referente a uma situação protegida pelo Direito (p. ex: não seria indenizável o dano decorrente da destruição de uma plantação de maconha);

V – de valor economicamente apreciável (não teria sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

É preciso, de qualquer modo, avaliar caso a caso. No **item V** acima, por exemplo, o que vem a ser valor econômico irrisório? O que seria irrisório para alguns, poderia não ser para outros.

7.6 Responsabilidade patrimonial do agente por danos causados a terceiros

Sobre a responsabilidade do Estado, o art. 37, § 6º, da CF, assegura “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Logo, preleciona BANDEIRA DE MELLO:

Há, pois, expressa está a “previsão de retorno da pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público contra o agente causador do dano, uma vez ocorrentes os seguintes requisitos: a) tenham sido condenadas a indenizar terceiro por ato lesivo do agente; b) o agente responsável haja se comportado com dolo ou culpa” (2015, p. 1062).

Indaga, porém, o citado administrativista:

Ocorre perguntar se o terceiro lesado por comportamento do Poder Público poderia mover a ação de indenização diretamente contra o agente, prescindindo de responsabilizar o Estado ou quem lhe faça as vezes, se poderia buscar responsabilização solidária de ambos, ou se o agente responde apenas perante o Estado, em ação de regresso, descabendo ao lesado acionar o indivíduo que o agravou, seja conjunta ou separadamente com o Estado. É bem de ver que no concernente à responsabilização do agente, o lesado estaria disputando a lide apenas no campo da responsabilidade subjetiva, dado que aquele só responderia na hipótese de dolo ou culpa (2015, p. 1062).

MEIRELLES adotou a seguinte posição: “O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente” (2015, p. 773).

=

BANDEIRA DE MELLO, por seu lado, asseverava, até a edição anterior de 2008, combatendo a posição supramencionada: “Esta posição do ilustre autor não nos convence. Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem

caráter defensivo do funcionário perante terceiro” (2008, p. 1018). Esta observação foi retirada a partir da 26ª edição (2009).

Todavia, para ele nada obsta que o lesionado possa escolher demandar contra o agente, diretamente, como diz o autor citado:

Não é difícil concluir que se a responsabilidade do Estado não veio para escudar o funcionário em face de demandas que os lesionados almejassem propor contra eles, mas, como é de todos sabido, para ampliar a proteção aos administrados, não faz qualquer sentido extrair de regra defensora dos direitos dos agravados a conclusão de que lhes é interdito proceder contra quem, violando o direito, foi o próprio agente do dano (2015, p. 1066).

O autor acima referido segue a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que, segundo citação feita, entende que “a vítima pode propor ação contra o Estado, contra o funcionário, a sua escolha, ou contra ambos solidariamente, sendo certo que se agir contra o funcionário deverá provar culpa ou dolo, para que prospere a demanda” (2015, p. 1067).

Alude, ainda, o autor (2015, p. 1067), à jurisprudência do STF, no RE 90.071, publicado na RDA 142/93, de out.-nov./1980, que, na ementa do Acórdão, sentença:

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 aqueles, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo.

Entendemos incorreta, data vênia, a posição defendida por BANDEIRA DE MELLO. O art. 37, § 6º, garante ao lesionado que o Estado lhe indenize pelo dano causado pelo agente público, mas não lhe autoriza acionar o agente, que, conforme o caso, será acionado, regressivamente, pela pessoa jurídica estatal. **Vide item 7.10, que expressa a atual posição do STF, em sentido contrário ao defendido por BANDEIRA DE MELLO.** Quanto à posição do STF, de 1980, e à de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO são, claro, anteriores à Carta de 1988.

7.7 Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais

Não se discute, obviamente, a responsabilidade civil do Estado por atos ou fatos advindos do Poder Executivo. Mas, tem o Estado a obrigação de indenizar por conta de atos legislativos (leis) e judiciais (sentenças)? A regra, nesses casos, tem sido a da irresponsabilidade patrimonial, por causa da soberania dos legisladores e dos julgadores, salvo se, num ou noutro caso, houver “expressamente imposta tal obrigação por lei ou se oriunda de

culpa manifesta no desempenho das funções de julgar e legislar” (GASPARINI, 2009, p. 1050-1051).

7.7.1 Responsabilidade por atos legislativos

Há quem afirme já se poder antever a “construção e afirmação da responsabilidade do Estado por ato legislativo no Direito brasileiro”, como é o caso de JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES. Mas ele adverte:

O registro da vocação extensiva do instituto não deve, porém, ser entendido como sinal de uma evolução linear, livre de embaraços, dissensões e cismas doutrinárias e jurisprudenciais que, de resto, ainda hoje se fazem sentir (2003, p. 152-153).

Analisando o comportamento dos julgadores, acerca do assunto, completa ESTEVES:

É escassa a jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do Estado legislador. Se a própria administração judicial do dever estatal de responsabilizar os danos causados pela atividade administrativa se revela [...] vacilante, no que respeita ao fundamento e à abrangência dessa obrigação, maior ainda a resistência não apenas no admitir, mas também no suscitar a responsabilização do Estado pela edição de ato legislativo (2003, p. 191).

MEIRELLES adverte que, mesmo no caso de uma “lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe dano injusto e reparável”, o que só excepcionalmente pode ocorrer, ficaria “indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo” a culpa do Estado, pois faltaria “o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos” (2015, p. 772).

Logo, não haveria como responsabilizar o Estado “por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional”. Lembra, contudo, que “o que o STF já admitiu foi a responsabilização da Administração por ato baseado em decreto posteriormente julgado inconstitucional”. E lembra que “decreto, embora com efeitos normativos, não é lei, como erroneamente está dito na ementa deste julgado” (2015, p.772-773).

CARVALHO FILHO entende “que o ato legislativo não pode mesmo causar a responsabilidade civil do Estado, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais”. E acrescenta:

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não vemos como uma lei, regularmente disciplinadora de certa matéria, cause prejuízo ao indivíduo, sabido que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insuscetíveis de serem molestados pela lei nova, *ex vi* do art. 5º, XXXVI, da CF. Acresce, ainda, que a lei veicula regras gerais, abstratas e impessoais, não atingindo, como é óbvio, direitos individuais.

Pode ocorrer, isto sim, e frequentemente ocorre, que a lei nova contraste interesses de indivíduos ou de grupos, mas esse fato, por si só, não pode propiciar a responsabilidade civil do Estado para obrigá-lo à reparação de prejuízos. Parece-nos incoerente, de fato, responsabilizar civilmente o Estado, quando as leis, regularmente editadas, provêm do órgão próprio, integrado exatamente por aqueles que a própria sociedade elegeu – pensamento adotado por alguns estudiosos.

Cumpra reconhecer, entretanto, que moderna doutrina tem reconhecido, em situações excepcionais, a obrigação do Estado de indenizar, ainda que a lei produza um *dano jurídico lícito*. Isso ocorre particularmente quando a lei atinge direitos de determinado grupo de indivíduos (p. ex.: o de propriedade), à custa de algum outro benefício conferido a um universo maior de destinatários. Trata-se aqui de *dano lícito indenizável*, sujeito, no entanto, a que seja (a) economicamente mensurável, (b) especial e (c) anormal. De qualquer modo, sempre será necessária certa precaução no que tange à análise de tais situações, em ordem a evitar que lei contrária a meros interesses possa gerar pretensões reparatórias despidas de fundamento jurídico (2015, p. 594).

Mas, no caso de *lei inconstitucional*, a tese esposada por CARVALHO FILHO difere da tese de MEIRELLES. Parece-nos acertada a visão de CARVALHO FILHO. Para ele, “é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil. Como já acentuou autorizada doutrina, a noção de lei inconstitucional corresponde à de *ato ilícito*, provocando o dever de ressarcir os danos patrimoniais dele decorrentes” (2015, p. 595).

A “autorizada doutrina” à qual ele se reporta é a de ESTEVES, citado na página anterior.

DI PIETRO chama atenção para as divergências doutrinárias, dizendo que “com relação às leis inconstitucionais, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros”, por AMARO CAVALCANTI, GUIMARÃES MENEGALE, CRETILLA JÚNIOR, DIÓGENES GASPARINI, JUARY C. SILVA, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, YUSSEF SAID CAHALI, ODETE MEDAUAR. E, claro, arremata dizendo: “É a tese que adotamos” (2015, p. 801).

CARVALHO FILHO (2015, p. 595 – nota de rodapé nº 83) e DI PIETRO (2013, p. 719) aludem a decisão do Supremo Tribunal Federal, com voto do Ministro CELSO DE MELLO, no qual são citados vários precedentes em que aquela Corte decidiu no mesmo sentido.

Na visão de CARVALHO FILHO a responsabilização do Estado também se dará com relação às *leis de efeitos concretos* (“aquelas que se apresentam como leis sob o aspecto formal, mas, que, materialmente, constituem meros atos administrativos”), caso provoquem danos ao indivíduo (2015, p. 596). O Estado seria, sim, responsabilizado. Nesse particular, com ele concorda DI PIETRO, que diz:

Atualmente, aceita-se a responsabilidade do Estado por atos legislativos pelo menos nas seguintes hipóteses:

- a) leis inconstitucionais;
- b) atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade;
- c) leis de efeitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais;
- d) omissão no poder de legislar e regulamentar (2015, p. 801).

Sobre as *leis de efeitos concretos* (também chamadas de leis materialmente administrativas), ainda que consideradas constitucionais, diz DI PIETRO:

Vale dizer que, em se tratando de lei de efeitos concretos, aceita-se a responsabilidade do Estado mesmo que ela seja constitucional. É também a opinião de José Cretella Júnior, para quem ‘o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a **um** ou a **um número** restritíssimo de administrados’. Lembra ele que às vezes o próprio legislador insere na lei um dispositivo atenuante, prevendo uma indenização pelo dano (2015, p. 803).

7.7.2 Responsabilidade por atos judiciais

Quanto aos atos judiciais, DI PIETRO elabora a seguinte exposição:

Com relação aos atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, também existem divergências doutrinárias.

Os que refutam essa responsabilidade alegam que:

3. o Poder Judiciário é soberano;
4. os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
5. o magistrado não é funcionário público;
6. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei (2015, p. 805).

É preciso cautela para analisar as razões anteriormente expendidas. Por exemplo, o Poder Judiciário é soberano e os demais não o são? Quem detém a soberania é o Poder ou o Estado? DI PIETRO lembra que os três Poderes “não soberanos, porque devem obediência à lei, em especial à Constituição” (2015, p. 805).

Também aduz a mestra citada:

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão (2015, p. 807).

MEIRELLES lembra que, afora os casos previstos no art. 5º, LXXV, CF, “tem prevalecido no STF o entendimento de que ela [a reparação] não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam” (2015, p. 773).

Para CARVALHO FILHO é preciso distinguir entre os atos judiciais e os atos judiciários ou administrativos. Sobre estes incide normalmente “a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que, é lógico, presentes pressupostos de sua configuração” (2015, p. 597). E elenca esses atos:

Enquadram-se aqui os atos de todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário, bem como os praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais cartorários, tabeliães e, enfim, de todos aqueles que se caracterizam como agentes do Estado (2015, p. 597-598).

Mas sobre os atos jurisdicionais, que são aqueles “praticados pelos magistrados no exercício da respectiva função”, ou seja, “os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças”, há aspectos que, em sua opinião, devem ser considerados (2015, p. 598).

Afirma o autor citado:

Não obstante, é relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade civil do estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se

um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição (2015, p. 598).

Todavia, deve-se atentar para o disposto no art. 5º, LXXV, da CF, acima citado, no que concerne à indenização do condenado por erro judiciário (caso de ato judicial típico, que é a sentença). Nesse caso, “a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do juiz”, alega MEIRELLES (2015, p. 773).

E, ainda, no caso de condutas dolosas, o art. 133 do CPC anterior rezava que o juiz responderia por perdas e danos quando no exercício de suas funções procede dolosamente, inclusive com fraude, bem como quando recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse caso, porém, “a responsabilidade é individual do juiz, cabendo-lhe, em consequência, o dever de reparar os prejuízos que causou” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 598).

Nos casos acima apontados por CARVALHO FILHO, a posição por ele defendida é a mesma de MEIRELLES, acertadamente. Diz este:

Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC [anterior], cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado (2015, p. 773).

DI PIETRO, no mesmo sentido, alude a importante decisão do STF:

Merece menção uma importante decisão do STF que pode significar mudança de orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 5-3.2002 (DJU de 12-4-2002). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa (2015, p. 807).

Por fim, não é custoso lembrar que os atos administrativos emanados de órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (atos judiciais) equiparam-se aos demais atos da Administração e, se causarem danos a terceiros, cabe a responsabilização objetiva do Estado. Quanto aos atos judiciais, já foram citados na página anterior.

7.8 Ação de indenização

Lesado o administrado, cabe-lhe acionar a Fazenda Pública, demonstrando o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. A indenização abrangerá “o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração”, como preleciona MEIRELLES (2015, p. 774). Civilmente, há de dizer-se: o dano emergente e os lucros cessantes, além, obviamente, dos honorários advocatícios e demais cominações legais, quando for o caso.

Para CARVALHO FILHO:

A indenização devida ao lesado deve ser a mais ampla possível, de modo que seja corretamente reconstituído seu patrimônio ofendido pelo ato lesivo. Deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar. Quando for o caso, devem ser acrescidos ao montante indenizatório os juros de mora e a atualização monetária. Tendo havido morte, incide a regra do art. 984 do Código Civil, que fixa os fatores suscetíveis de serem indenizados. Por outro lado, ocorrendo lesões corporais ou redução de capacidade de trabalho, aplicam-se os arts. 949 e 950 do mesmo Código (2015 p. 600).

A doutrina e a jurisprudência, de forma, contudo, não pacífica, têm admitido a indenização por dano moral, embora seja reconhecida a dificuldade de quantificar o “montante a ser pago à vítima ou a seus responsáveis” (MEIRELLES, 2015, p. 774).

7.9 Prescrição

Sobre a prescrição assevera BANDEIRA DE MELLO:

A prescrição, instituto concebido em favor da estabilidade jurídica (objetivo, este, também compartilhado pela decadência), é, segundo entendimento que acolhemos, arrimados em lição de Câmara Leal, a perda da ação judicial, vale dizer, do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la (2015, p. 1083).

CARVALHO FILHO, comentando sobre o direito do lesado com vistas à prescrição, diz:

O direito do lesado à reparação dos prejuízos tem natureza pessoal e obrigacional. Como ocorre com os direitos subjetivos em geral, não podem eles ser objeto da inércia de seu titular, sob pena do surgimento da prescrição da ação que tenha por fim a tutela desses direitos (2015, p. 601).

Por força do Decreto n° 20.910/1932 tem-se, contra a Fazenda Pública, a prescrição quinquenal, ou seja, consumir-se-á a prescrição no prazo de cinco (5) anos a partir do fato danoso. É sabido que tal prescrição torna impossível quer o pedido administrativo, quer a ação judicial. Mas se a ré for pessoa jurídica de Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), a situação é merecedora de cuidados.

O art. 177 do Código Civil anterior (1916) fixava em vinte anos o prazo de prescrição de direitos pessoais. A MP n° 2.180-35/2001, inserindo o art. 1° C na Lei n° 9.494/1997, que dispõe sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, “consignou que prescreve em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público *e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 602). Derrogado, assim, nesse particular, o velho Código.

DI PIETRO disserta sobre a matéria, nos seguintes termos:

Quanto à prescrição, o artigo 1° C, acrescentado à Lei n° 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória n° 2.180-35, de 24-8-2001, estabelece que ‘prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos’. Vale dizer que a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração Indireta, como também as concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título (2015, p. 810-811).

O prazo prescricional para o Poder Público cobrar débitos tributários, ou o prazo decadencial, para constituir o crédito tributário está fixado em cinco anos (art. 174 do Código Tributário Nacional). Ao teor da Lei n° 9.873, de 23.11.1999, o prazo para a Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, apurar infração à legislação vigente, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela, é de cinco anos. Como sentencia BANDEIRA DE MELLO, vê-se, dessa forma, “que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos” (2015, p. 1092).

Contudo, é de notar que o Código Civil vigente fixou em dez anos (art. 205) o prazo prescricional genérico, “quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Porém, fixou o prazo de três anos (art. 206, § 3°, V) para a

prescrição da pretensão de **reparação civil**. Assim, se alguém sofre dano por ato ilícito de terceiro, deve buscar a devida reparação (ou indenização) no prazo de três anos, sob a pena de prescrição. Tal fato foi reconhecido pelo STJ, 4ª Turma, no REsp nº 698.195-DF, sob relatoria do Ministro JORGE SCARTEZZINI, em 04.05.2006.

Comentando o assunto, diz CARVALHO FILHO:

Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei especial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal (2015, p. 602-603).

Há de ser considerado o lembrete de BANDEIRA DE MELLO:

[...] existem previsões específicas de prazos decadenciais, ainda que nominados de prescricionais, como, por exemplo, o da Lei 7.144, de 23.11.83, que fixa em um ano o prazo para exercer o direito de ação contra atos relativos a concursos para provimento de cargos e empregos na Administração Federal direta e suas autarquias, contados a partir da homologação do concurso (2015, p. 1088).

BANDEIRA DE MELLO faz constar, ainda, que a prescrição pode ser suspensa:

A prescrição das ações contra o Poder Público pode ser suspensa nas hipóteses comuns de suspensão previstas na legislação civil, e notadamente pela interpretação de recursos e reclamações administrativas (2015, p. 1087-1088).

E discorre também sobre outras formas de interrupção, a par do art. 202 do Código Civil e, quando se tratar de prescrição quinquenal (ações pessoais) segue-se o regramento estatuído no art. 3º do Decreto-lei nº 4.597/1942 (2013, p. 1076). Há que ser lembrada a Súmula 383 do STF:

A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

7.10 Ação regressiva

O art. 37, § 6º, da CF instituiu a ação regressiva da Administração contra o causador do dano, e esse mandamento estende-se a todas as entidades públicas e particulares, prestadoras de serviços públicos. MEIRELLES afirma que para “o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso”. E acresce que enquanto “para a Administração a responsabilidade *independe da culpa*, para o servidor a responsabilidade *depende da culpa*: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil” (2015, p. 775).

Tratando-se de ação civil, destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (com fulcro no art. 122, § 3º, da Lei nº 8.112/1990) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após o término do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

Não será demais atentar para o fato de que o ato lesivo do agente pode acarretar, a um só tempo, aspecto civil, administrativo e criminal. MEIRELLES alude ao caso de atropelamentos ocasionados por veículos da Administração:

Em tais infrações, o servidor público responsável pelo desastre sujeita-se a ação penal e a ação civil regressiva da Administração para haver a indenização paga à vítima, nos termos, já analisados, do art. 37, § 6º, da CF, e ao processo interno da Administração, para fins disciplinares (2015, p. 775).

Mas é preciso analisar as circunstâncias dos fatos. Na ocorrência de um julgamento penal, podem se verificar hipóteses diferentes, quais sejam: a) o servidor será condenado criminalmente; b) ele será absolvido por conta da negativa da autoria ou do fato; c) será absolvido por falta de culpabilidade penal; d) ou absolvido por insuficiência de provas ou por outros motivos (MEIRELLES, 2015, p. 775).

Se condenado criminalmente, haverá efeitos também “nos processos civil e administrativo, isto é, faz coisa julgada relativamente à culpa do agente, sujeitando-o à reparação do dano e às punições administrativas (CP, art. 92, I, e CPP, arts. 63 e 64)”. Assim, a “culpabilidade reconhecida pela

Justiça Criminal não pode ser negada em qualquer outro juízo” (MEIRELLES, 2015, p. 775).

Se absolvido pela negativa de autoria, a “sentença criminal também produz efeito no Cível e na instância administrativa, para impedir que se responsabilize ou se aplique punição ao funcionário apontado como causador do ato danoso, mas cuja autoria a sentença criminal haja negado (CC, art. 935, e Lei nº 8.112/1990, art. 126)”.

Se absolvido por ausência de culpabilidade penal, tal absolvição “não produz efeito algum nos processos civil e administrativo”. Mesmo com a absolvição no processo criminal, a Administração pode mover ação regressiva de indenização contra o agente e perquirir, igualmente, “sua culpa administrativa, para efeito de punição funcional”. Ora, tem-se que o ilícito penal é, por assim dizer, **maior** que o ilícito civil e o ilícito administrativo. Correspondendo o ilícito civil e o administrativo “a um *minus* em relação ao ilícito penal, podem existir aqueles sem que exista este, mas não pode existir este (penal) sem que existam aqueles (civil e administrativo)”. MEIRELLES, por fim, enfatiza:

A sentença criminal que absolve um réu por ausência de culpabilidade criminal apenas declara que não há ilícito penal a punir. Mas tal declaração não afasta a possibilidade da existência de ilícito civil no ato do servidor, o que poderá ser apurado e declarado na ação ordinária de indenização que lhe for movida. Por igual, essa absolvição penal não impede que a Administração apure em processo interno a existência de ilícito administrativo e, em consequência, lhe aplique a pena disciplinar correspondente (2015, p. 776).

Se o agente for absolvido por insuficiência de provas ou por outros motivos, a absolvição penal não tem o condão de produzir “qualquer efeito civil ou administrativo, visto que a insuficiência da prova colhida na ação penal não impede que se demonstrem, por outras provas, as culpas civil e administrativa (CPP, arts. 66 e 67)”, como diz MEIRELLES (2015, p. 776).

SYLVIA DI PIETRO, discorrendo sobre a reparação do dano, com base no art. 37, § 6º, CF, alude à questão da denunciação à lide, no direito de regresso:

Pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa. Não obstante a clareza do dispositivo, muita controvérsia tem gerado na doutrina e na jurisprudência. As principais divergências giram em torno da aplicação, a essa hipótese, do artigo 70, III, do CPC, que determina seja feita a *denunciação da lide* ‘àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda’ (2015, p. 808).

A autora referida mostra que são contrários à denunciação à lide BANDEIRA DE MELLO, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, VICENTE GRECO FILHO, WEIDA ZANCANER, cujos argumentos principais dão conta do seguinte: a) os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor são diferentes (como se sabe, uma é objetiva e a outra é subjetiva); b) essa diferença de fundamento retardaria de forma injustificada a solução do conflito, pois se estaria, com a denunciação à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre vítima e Estado; c) o inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante [garantia emanada da lei ou do contrato], o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional (2015, p. 808). **Vide item 7.6, sobre a posição de BANDEIRA DE MELLO.**

DI PIETRO mostra, ainda, a distinção feita por YUSSEF SAID CAHALI, a par de duas hipóteses, quais sejam:

I – se a ação for proposta “contra a pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano: neste caso, se a pessoa jurídica fizesse a denunciação da lide, estaria incluindo novo fundamento não invocado pelo autor, ou seja, a culpa ou dolo do funcionário”; e isso seria, nas palavras do autor por ela mencionado, “imoral e despropositado”.

II – se, contudo, “a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário”, há de entender-se que “deve ser feita a denunciação da lide ao funcionário, com aplicação do art. 70, III, do CPC, que em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização” (2015, p. 808).

DI PIETRO considera a distinção feita por CAHALI “relevante para o deslinde da questão”. Por outro lado, ela faz menção ao fato de que este admite “que a ação seja proposta ao mesmo tempo contra o funcionário e a pessoa jurídica, constituindo **liticonsórcio facultativo**; ou apenas contra o funcionário, hipótese também admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello” (2015, p. 808-809). Há de se ver o acórdão do STF (*in* RT 544/260), em que o Pleno entendeu ser possível a propositura de ação contra a Administração e o servidor público, ao mesmo tempo (DI PIETRO, 2015, p. 809).

A posição de BANDEIRA DE MELLO sobre a denunciação à lide é, hoje, a seguinte:

Revendo posição anteriormente assumida, estamos em que tem razão Weida Zancaner ao sustentar o descabimento de tal denunciação. Ela implicaria, como diz a citada autora, mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário. Procede sua assertiva de que, ademais, haveria prejuízos para o autor, porquanto ‘procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do selado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito (2015, p. 1070).

A Lei nº 8.112/1990, no art. 122, § 2º, dispõe que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”. Fica, assim, afastada a denunciação à lide e o litisconsórcio.

Por outro lado, o STF vem decidindo que o lesionado deverá ingressar com ação judicial contra a pessoa jurídica e não contra o agente público, nem mesmo em litisconsórcio, como é o caso da decisão proferida no RE 327.904/SP, relator Ministro Carlos Ayres Britto (DJ 8.9.2006), em que ficou entendido que o § 6º do art. 37 da Constituição consagra **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” (DI PIETRO, 2015, 809 – nota de rodapé nº 10).

No mesmo sentido, decisão proferida no RE 344.133, em que foi relator o Ministro Marcos Aurélio.

7 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

8.1 Conceito e abrangência

8.1.1 Conceito

Tratando-se da Administração Pública, é a faculdade de vigilância que um Poder, órgão ou autoridade, exerce sobre a conduta funcional de outro. Ou, como diz DI PIETRO, é “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento” (2015, p. 881).

O controle constitui poder-dever (ou dever-poder) dos Poderes ou órgãos a que a Constituição ou a lei atribui essa função, pela sua finalidade corretiva. Ele “não pode se renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu” (DI PIETRO, 2015, p. 879).

Para CARVALHO FILHO, o controle da Administração Pública é “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder” (2015, p. 975).

8.1.2 Abrangência

O controle da Administração “abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo” (DI PIETRO, 2015, p. 878).

8.2 Tipos e formas de Controle

8.2.1 Conforme seu fundamento (ou âmbito da Administração)

I – Hierárquico ou por subordinação

Resulta do escalonamento vertical dos órgãos do Poder Executivo. Pressupõe “as faculdades de supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas, bem como os meios corretivos dos agentes responsáveis” (MEIRELLES, 2015, p. 780).

Ou, como diz CARVALHO FILHO:

Decorre da relação de subordinação que existe entre os diversos órgãos públicos, a qual permite ao órgão de graduação superior fiscalizar, orientar e rever a atuação de órgãos de menor hierarquia. Esse controle é tipicamente interno, porque os órgãos pertencem, como regra, à mesma pessoa. Exemplo: o controle exercido por um departamento administrativo municipal sobre suas divisões; ou de cada divisão sobre as seções que a integram (2015, p. 980).

MEIRELLES chama atenção para a distinção entre faculdades de controle hierárquico e os poderes de direção hierárquica:

Pelo *controle hierárquico* a autoridade controladora acompanha, orienta, revê e determina as correções necessárias pelas chefias; pela *direção hierárquica* as chefias planejam e comandam os serviços e atividades de sua competência, dão ordens, corrigem os atos inferiores e punem os subalternos. Vemos, pois, que as faculdades de controle hierárquico se detêm na faixa do *policiamento dos órgãos subordinados* e os poderes de chefia e direção se movem no campo mais amplo do *planejamento e do comando administrativos*, com o inerente poder corretivo (2015, p. 780).

O tema *hierarquia* na Administração Pública foi objeto de estudo na Parte I.

II – Finalístico ou por vinculação:

É o estabelecido por lei para entidades autônomas, determinando a autoridade controladora, as faculdades a serem exercidas e os fins objetivados. Não tem fundamento hierárquico, pois não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou o órgão controlador. Há, sim, vinculação. Por esse tipo de controle, busca-se verificar a sujeição da entidade controlada ao programa geral do Governo e o acompanhamento dos atos de seus dirigentes no desempenho de suas atribuições legais ou estatutárias. Exemplo: a SABESP, que é uma entidade da administração pública indireta, vinculada à Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos, sofre controle finalístico por parte do estado de São Paulo, através da Secretaria à qual se acha, legalmente, vinculada.

8.2.2 Conforme a localização do órgão controlado

I – Interno

É aquele realizado pela entidade ou órgão responsável por atividades controladas na própria Administração (art. 87, II e III, CF). A CF determina que os três Poderes mantenham sistema de controle interno de forma integrada (art. 74 e seu § 1º). Assim, “o controle que um órgão ministerial

exerce sobre os vários departamentos administrativos que o compõem se caracteriza como interno, e isso porque todos integram o Poder Executivo”, diz CARVALHO FILHO, que acrescenta: “No Judiciário, por exemplo, é controle interno o que a Corregedoria exerce sobre os atos dos serventuários da Justiça” (2015, p. 977).

II – Externo

Este tipo de controle simboliza muito bem a harmonia que deve haver entre os Poderes, na forma do art. 2º, da Constituição Federal.

É realizado por órgão estranho à Administração responsável pela atividade controlada no âmbito da própria Administração. Ex: apreciação das contas dos Poderes Executivo e Judiciário pelo Poder Legislativo; as auditorias feitas pelos Tribunais de Contas (art. 71, CF); a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo (art. 49, V); a anulação pelo Judiciário de atos do Executivo; a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público sobre determinado ato ou contrato administrativo, ou a recomendação por ele feita, com vistas à melhoria dos serviços públicos, fixando “prazo razoável para a adoção das providências cabíveis” (art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75, de 02.05.1993).

8.2.3 Segundo o momento de sua realização (ou oportunidade)

I – Prévio ou preventivo

É o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua eficácia. Ex: liquidação da despesa pública para o consequente pagamento (arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 17.03.1964); autorização do Senado para contrair-se empréstimo externo (art. 52, V, CF) etc.

II – Concomitante ou sucessivo

Acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação. De acordo com CARVALHO FILHO “esse controle tem aspectos preventivos e repressivos, conforme o andamento da atividade administrativa” (2015, p. 980). Ex: auditoria durante a execução orçamentária; fiscalização de um contrato administrativo durante sua execução etc.

III – Subsequente, corretivo ou posterior

Efetivar-se-á após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir eventuais defeitos, declarar nulidade ou dar-lhe eficácia. Ex: homologação do julgamento de uma licitação; o visto das autoridades superiores, em diversos atos administrativos etc. CARVALHO FILHO lembra que as “ações judiciais, por exemplo, são instrumentos de controle a *posteriori* dos atos administrativos: primeiro, o ato é praticado, e somente depois é que o Judiciário aprecia sua legalidade” (2015, p. 980).

8.2.4 Quanto ao aspecto controlado

I - De legalidade ou legitimidade

Objetiva verificar tão somente a *conformação* do ato ou do procedimento administrativo com as *normas legais* que o regem, atentando-se que a expressão “normas legais” está posta em sentido amplo. Pode ser exercido tanto pela Administração (controle interno) quanto pelo Legislativo ou pelo Judiciário (controle externo), sendo que o Executivo exercita-o de ofício ou mediante provocação recursal, enquanto o Legislativo somente o efetiva nos casos previstos na CF, e o Judiciário através de ação judicial adequada. Esse tipo de controle leva à anulação do ato ilegal ou ilegítimo.

MEIRELLES discorre sobre a apreciação da legalidade pelo Poder Judiciário:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra (2015, p. 830).

Entretanto, enfatiza o publicista citado que ao Poder Judiciário não é permitido “pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato”, cuja competência é da própria Administração. Pode isto sim fazer “o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo”. E exemplifica, dizendo:

[...] o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição (2015, p. 831).

E cita a Corte Suprema do país, a esse respeito:

Idêntica é a orientação do STF, deixando julgado que 'a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a

competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo' - STF, RDA 42/227 (2015, p. 831).

II - De mérito

Visa à comprovação da *eficiência*, do *resultado*, da *conveniência* ou *oportunidade* do ato controlado. Normalmente compete à Administração, e, excepcionalmente, na forma da CF, ao Legislativo (art. 49, IX e X), “mas nunca ao Judiciário”, como enfatiza MEIRELLES (2015, p. 782). No mesmo rumo, diz DI PIETRO que o controle de mérito “cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo” (2015, p. 880). Ela não se refere ao Poder Judiciário. Ou seja, parece concordar com MEIRELLES.

Alguns doutrinadores são tendentes a admitir a intromissão do Judiciário em determinadas questões de mérito. Aliás, essa é uma postura que está se acentuando na doutrina e na via judicial, embora ainda é ampla a posição em sentido contrário.

Parece-nos que MEIRELLES enfrenta, a contento, a questão:

A eficiência é comprovada em face do desenvolvimento da atividade programada pela Administração e da produtividade de seus servidores [...]; o resultado é aferido diante do produto final do programa de trabalho, levando-se em conta o trinômio custo-tempo-benefício; a conveniência ou oportunidade é valorada internamente pela Administração – e unicamente por ela – para a prática. Abstenção, modificação ou revogação do ato de sua competência. Vê-se, portanto, quer a verificação da eficiência e do resultado é de caráter eminentemente técnico, vinculada a critérios científicos, ao passo que o juízo de conveniência ou oportunidade é fundamentalmente político-administrativo e discricionário, razão pela qual o controle daquelas condições (eficiência e resultado) pode ser exercido por órgão especializado até mesmo estranho à Administração e o desta (conveniência ou oportunidade) é privativo das Chefias do Executivo e, nos casos constitucionais, por órgãos do Legislativo em funções político-administrativas (2015, p. 782).

CARVALHO FILHO não deixa por menos:

O ponto que mais merece atenção nesse tipo de controle reside na competência para exercê-lo. Com efeito, o controle de mérito *é privativo da Administração Pública* e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário. A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de

legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas [...] (2015, p. 979).

LÚCIA FIGUEIREDO esboça o seguinte pensamento:

O limite da atuação do Poder Judiciário será gizado pelo próprio Judiciário, que tem por finalidade dizer o direito no caso concreto, sem invadir a competência administrativa. Isso faz parte do jogo dos poderes (2006, p. 374).

E BANDEIRA DE MELLO preleciona:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desdobrar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária (2015, p. 1006-1007).

8.2.5 Quanto à iniciativa

Trata-se da origem do controle e divide-se em: controle de ofício e controle provocado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 980).

I – De ofício

É o realizado pela própria Administração no exercício regular de suas funções. Nesse caso, diz CARVALHO FILHO:

Ninguém precisa deflagrar o controle; os próprios órgãos administrativos o fazem. É o controle de ofício que caracteriza o poder de autotutela da Administração. Exemplo: se um diretor de coordenadoria-geral reforma, por sua iniciativa, ato de uma coordenadoria-regional, sua subordinada, estará exercendo controle de ofício (2015, p. 980-981).

II – Provocado

É aquele cuja iniciativa é de terceiro, que “postula a revisão de conduta administrativa invocando quais as razões que escoram o pedido revisional. Melhor exemplo é o dos recursos administrativos. Se alguém depara ato ilegal ou inconveniente da Administração, toma a iniciativa de solicitar seja ele revisto pela autoridade superior” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 981).

8.2.6 Controle externo popular

O art. 31, § 3º da CF prevê o controle externo popular, ao determinar que as contas do Município (Poderes Executivo e Legislativo) fiquem à disposição dos contribuintes pelo lapso temporal de sessenta dias, anualmente, podendo estes questionar a sua legitimidade na forma da lei. Embora inexista lei específica sobre o tema, nada impede o controle, que poderá se efetivar por meio de processos comuns, a exemplo do mandado de segurança e de ação popular. Alguns também fundamentam esse tipo de controle nos artigos 37, § 3º, e 165, § 3º, todos da CF.

Não se deve desconhecer a legislação infraconstitucional que trata da participação dos cidadãos, por meio de órgãos colegiados, no controle social de determinados serviços públicos, como se dá, por exemplo, na prestação dos serviços de saneamento básico, conforme dispõe o art. 47, da Lei nº 11.445/2007, citada no capítulo 3 desta apostila.

É extremamente salutar que os cidadãos possam exercer o controle popular externo tornando a Administração mais transparente. Como diz JAIR LIMA SANTOS, “cidadão, no caso, não é sinônimo de eleitor, mas sim, de indivíduo participante e controlador da atividade estatal” (2005, p. 97).

8.3 Responsabilidade fiscal

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, alterada pela Lei Complementar nº 131/2009, estabelece normas de controle das finanças públicas, obrigatórias para todas as esferas administrativas. Tais normas não são de Direito Administrativo, mas podem ter reflexos na gestão administrativa, sobretudo no que concerne às infrações aos seus dispositivos. Ela determina a transparência da gestão fiscal (arts. 48 e 48-A).

Essa Lei, segundo MEIRELLES, “realçou, em boa hora, a importância dos Tribunais de Contas, atribuindo-lhes diversas obrigações, inclusive o dever de ‘alertar’ os Poderes e os órgãos independentes” sobre determinadas constatações previstas na Lei (2015, p. 784).

A Lei prevê, por exemplo, que os entes federados devem disponibilizar a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações da despesa relativa a todos “os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa” (art. 48-A, II).

Como enfatiza MEIRELLES:

Além do controle interno a ser exercido no âmbito de cada Poder, de cada Ministério Público e cada Tribunal de Contas, a lei prevê controle externo a ser exercido pelo Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas [como manda o art. 59] (2015, p. 784).

8.4 Controle administrativo

8.4.1 Conceito

É aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos outros Poderes exercem sobre suas próprias atividades, com o intuito de mantê-las dentro das fronteiras legais, observando-se “as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de *legalidade* e de *mérito*” (MEIRELLES, 2015, p. 784).

Por meio do controle administrativo, a Administração pode anular, revogar ou alterar seus próprios atos e punir seus agentes, na forma das penalidades estatutárias. **Vide Súmula 473 do STF e art. 53 da Lei nº 9.784/1999.**

8.4.2 Meios de controle

Os meios de controle administrativo, no geral, desdobram-se em fiscalização hierárquica (entre órgãos), supervisão ministerial (de *órgãos* sobre *entidades*, por conta da *vinculação*, como foi estudado no Direito Administrativo I e como se verá no **item 8.4.2.2**) e recursos administrativos, mas a lei pode especificar outras modalidades, que se adaptem mais a determinados órgãos, entes ou atividades da Administração direta ou indireta.

8.4.2.1 Fiscalização hierárquica

É exercida pelos órgãos superiores sobre os inferiores da mesma Administração, com o fim de ordenar, coordenar, orientar e corrigir suas atividades e agentes. Como diz MEIRELLES, “é inerente ao poder hierárquico, em que se baseia a organização administrativa, e, por isso mesmo, há de estar presente em todos os órgãos do Executivo” (2015, p. 786).

A fiscalização hierárquica tem como características a *permanência* (quando se exercita de forma permanente, sem descontinuidade) e a *automaticidade* (é exercitada independentemente de ordem ou de solicitação especial). Em suma: trata-se de um *poder-dever* (ou um dever-

poder) das autoridades competentes (chefias) e quem não o exerce comete inexação funcional, passível, pois, de punição, na forma da lei.

Integra a fiscalização hierárquica o sistema de *correição*, que existe em cada Poder e nos órgãos autônomos e independentes, como são os Tribunais de Contas e o Ministério Público. Na esfera federal, os Decretos nº 3.591/2000 e nº 5.480/2005, dispõem sobre o Sistema de Correição do Executivo Federal. Tem-se em conta que a “correição é atividade ordinária ou extraordinária voltada para a prevenção ou apuração de irregularidades administrativas ou funcionais, por meio de procedimentos correccionais, como a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância e outros” (MEIRELLES, 2015, p. 786).

8.4.2.2 Controladoria Geral da União

Em se tratando do controle administrativo, a CGU encontra-se no topo do “controle interno na defesa do patrimônio público, na auditoria pública, na correição, na prevenção e combate à corrupção, nas atividades de ouvidoria e no incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública federal”, como diz MEIRELLES (2015, p. 787). A CGU tem ação junto aos Estados e Municípios que recebem recursos do Orçamento Geral da União (OGU). Não se trata de uma intromissão na autonomia destes entes federados, pois se tratam de recursos dos cofres federais que foram repassados.

8.4.2.3 Supervisão ministerial

É um meio atenuado de controle administrativo, que se volta para as entidades da Administração indireta vinculadas a um Ministério. Atente-se para o fato de que vinculação não significa subordinação. A *subordinação* decorre do *poder hierárquico*, enquanto a *vinculação* provém do *sistema legal* que se impõe às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que se sujeitam tão somente ao *controle finalístico* da Administração que as instituiu, como foi estudado no Direito Administrativo I. Claro que seria inadmissível a *subordinação* de uma *entidade*, que tem *personalidade jurídica própria* por um *órgão público* (Ministério), que é *despersonalizado*.

No caso da esfera estadual ou municipal, as entidades são vinculadas a uma Secretaria. Por exemplo: a Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO –, que é uma sociedade de economia mista, é vinculada à Secretaria de Estado da Infraestrutura; o DETRAN, que é uma autarquia, é vinculado à Secretaria da Segurança Pública; e assim por diante.

8.4.2.4 Recursos administrativos

Quando se tratar de recursos administrativos em sentido amplo, deve-se considerar “todos os meios hábeis a propiciar o reexame de decisão interna pela própria Administração, por razões de legalidade e de mérito administrativo”, consoante MEIRELLES (2015, p. 788-789), que arremata:

No exercício de sua jurisdição a Administração aprecia e decide as pretensões dos administrados e de seus servidores, aplicando o Direito que entenda cabível, segundo a interpretação de seus órgãos técnicos e jurídicos. Prática, assim, atividade jurisdicional típica, de caráter *parajudicial* quando provém de seus tribunais ou comissões de julgamento. Essas decisões geralmente escalonam-se em instâncias, subindo da inferior para a superior através do respectivo *recurso administrativo* previsto em lei ou regulamento (2015, p. 789).

Os recursos administrativos podem ser propostos pelo particular interessado (provocados ou voluntários) ou pela Administração (de ofício).

Os recursos *provocados* ou *voluntários* devem ser fundamentados, indicando os fatos e a ilegalidade impugnada, quer seja “violação flagrante ou dissimulada de algum princípio ou norma constitucional” ou de norma “legal, regulamentar ou contratual, incluindo-se dentre estas os editais e convites de licitação, os cadernos de encargos ou de obrigações e demais instruções administrativas pertinentes”. Do mesmo modo, fundamentada deve ser a decisão do recurso, não se admitindo “o acolhimento ou a rejeição imotivada do recurso, porque isto invalida a decisão omissa”, como diz MEIRELLES, citando jurisprudência do STF (2015, p. 789).

A Lei nº 9.784/1999, art. 50, inciso V, obriga a motivação para os atos administrativos que decidam recursos. Além disso, permite que a autoridade, que proferiu a decisão recorrida, venha a reconsiderar no prazo de cinco dias, na forma do art. 56, § 1º. Tem-se em vista, neste caso, o princípio da eficiência, garantida a legalidade e a economia processual, evitando, por conseguinte, a tramitação desnecessária do recurso.

A autoridade ou o tribunal administrativo pode *rever* o ato recorrido, em qualquer modalidade de recurso, podendo, assim, modificá-lo ou invalidá-lo por motivo de *legalidade, conveniência, oportunidade* e, ainda, por motivo de “*ordem técnica* que comprometem a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame”. Vide art. 64 da Lei nº 9.784/1999.

É sobejamente sabido que “o julgamento do recurso administrativo torna *vinculante* para a Administração seu pronunciamento decisório e atribui *definitividade* ao ato apreciado em última instância”. A partir daí, o

juízo do recurso não pode ser modificado pela Administração. Somente o Judiciário poderá reapreciá-lo e decidir sobre sua legitimidade. E por que é assim? MEIRELLES explica:

E assim é porque, embora inexista entre nós a *coisa julgada administrativa*, no sentido processual de sentença definitiva oponível *erga omnes* (coisa julgada formal e material), existe, todavia, o ato administrativo inimpugnável e imodificável pela Administração, por exauridos os recursos próprios e as oportunidades internas de autocorreção da atividade administrativa [...] (2015, p. 790-791).

Os efeitos do “*recurso administrativo* são, normalmente, o *devolutivo* e, por exceção, o *suspensivo*”. Silenciando a lei ou o regulamento, o efeito presumível é o *devolutivo*, embora nada impeça que, na omissão, e diante do caso concreto, “a autoridade receba expressamente o recurso com efeito *suspensivo* para evitar possíveis lesões ao direito do recorrente ou salvaguardar interesses superiores da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 791). **Vide art. 61 da Lei nº 9.784/1999.**

No entendimento de MEIRELLES, “o *recurso administrativo sem efeito suspensivo* não tolhe a fluência da prescrição, nem impede o uso das vias judiciárias na pendência da decisão interna da Administração”. E isto se dá porque “o ato impugnado continua a operar seus efeitos, com a possibilidade sempre presente de lesar direitos individuais, o que justifica o amparo da Justiça antes mesmo do pronunciamento administrativo final” (2015, p. 791).

Já o “*recurso administrativo com efeito suspensivo* [diz ele] produz de imediato, a nosso ver, duas consequências fundamentais: o impedimento da fluência do prazo prescricional e a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque ao ato pendente de decisão administrativa” (2015, p. 791).

Admite-se a intervenção de terceiros nos recursos administrativos “desde que a decisão interna da Administração possa atingir direitos do interveniente. O necessário é que o terceiro demonstre, liminarmente, um interesse direto e efetivo na solução do recurso em que pretende intervir”, ensina MEIRELLES (2015, p. 792). O art. 62 da Lei nº 9.784/1999 elenca os “interessados” no processo administrativo.

De acordo com o art. 60, § 1º, da Lei acima citada, se o recurso for interposto perante órgão incompetente, este, ao não tomar conhecimento do mesmo, deverá indicar ao recorrente a autoridade competente, com a consequente devolução do prazo.

Nos recursos administrativos em geral situam-se as *representações administrativas*, as *reclamações administrativas*, os pedidos de *reconsideração*, os *recursos hierárquicos próprios* (dirigidos à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, pleiteando revisão do ato recorrido) ou *impróprios* (dirigidos a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido), as *revisões* de processos.

8.4.2.4.1 Representação administrativa

Trata-se de denúncia formulada e devidamente assinada acerca de irregularidades internas ou de abuso de poder na prática de atos administrativos. O direito de representação pode ser exercido por qualquer pessoa e tem amparo constitucional (art. 5º, XXXIV, “a”). É imprescritível e não depende do pagamento de taxas.

Comentando o assunto, CARVALHO FILHO explica:

Oferecida a representação, a Administração deve receber a denúncia, instaurar o processo administrativo e apurar a situação informada. Para a Administração, essa preocupação constitui um poder-dever de agir, eis que diante de ilegalidades não se pode admitir que se conduza com indiferença e comodismo. Urge apurar a denúncia e, se nada for comprovado, será o processo normalmente arquivado (2015, p. 991-992).

Embora não haja vinculação do denunciante ao procedimento a que der causa, poderá o mesmo “ser responsabilizado civil e criminalmente por quem for lesado pela falsidade da imputação”, se esta ocorrer, como diz MEIRELLES (2015, p. 793).

A Constituição Federal, no art. 74, § 2º, prevê hipótese de representação quando admite 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”. A Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade) também o faz quando alguém sofre prática de abuso de autoridade. E o CPC anterior (art. 198) estatuiu a representação contra juiz, interposta pela parte ou pelo Ministério Público e dirigida ao órgão do Judiciário competente, quando há excesso no cumprimento de prazos processuais.

8.4.2.4.2 Reclamação administrativa

Refere-se à oposição expressa a atos administrativos que atinjam direitos ou interesses legítimos do administrado. O direito de reclamar estende-se a toda pessoa física ou jurídica que se sentir prejudicada ou

ameaçada de lesão pessoal ou patrimonial por atos ou fatos provindos da Administração.

Lembra CARVALHO FILHO que é característica da reclamação a de que “o recorrente há de ser o interessado direto na correção do ato que entende prejudicial”, diferindo, nesse ponto, “da representação, que admite o pedido formulado por qualquer pessoa” (2015, p. 992).

Se não houver disposição legal com prazo em contrário, a *extinção desse direito* ocorre em um ano da data do ato ou fato que ensejou a reclamação (art. 6º, do Decreto nº 20.910, de 06/01/1932). Na verdade, o citado dispositivo fala inapropriadamente em *prescrição*, quando deveria ser *decadência*, pois que se trata de direito *potestativo*, e, como tal, “a falta de sua fruição no prazo fixado para seu exercício configura decadência” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 992).

Quanto ao prazo prescricional (ou decadencial, como deveria ser), MEIRELLES faz bom comentário, no que tange ao recebimento da reclamação intempestiva:

Mas nada impede que a Administração conheça e acolha a pretensão do reclamante ainda que manifestada fora do prazo, desde que se convença da procedência da reclamação e não haja ocorrido a prescrição da ação judicial cabível. Essa atitude administrativa é plenamente justificada pelo interesse recíproco do Poder Público e do particular em obviar um pleito judicial que conduziria ao mesmo resultado da decisão interna da Administração. Além disso, se a reclamação aponta uma ilegalidade ou um erro na conduta administrativa, é dever do administrador público corrigi-lo o quanto antes, através de anulação ou revogação do ato ilegítimo ou inconveniente. Daí por que a doutrina tem aconselhado o conhecimento e provimento da reclamação extemporânea quando é manifesto o direito reclamado (2015, p. 794).

MEIRELLES afirma ainda que a “reclamação administrativa suspende a prescrição enquanto pendente de decisão, desde que apresentada no prazo próprio e seu objeto seja a apuração de dívida da Fazenda Pública para com o particular (Dec. 20.910/1932, art. 4º). Nos demais casos não suspendem a prescrição” (2015, p. 794-795). Mas ele lembra que:

Não se confunda *suspensão* com *interrupção* da prescrição. A reclamação administrativa *suspende* (não *interrompe*) a prescrição, isto é, faz paralisar a fluência do prazo prescricional pelo tempo em que o pedido estiver em estudo, até a decisão da Administração (2015, p. 794, nota de rodapé nº 17).

O art. 103-A, § 3º, da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.417/2006, prevê modalidade de reclamação

administrativa que pode ser proposta, perante o STF, após esgotadas as vias administrativas, quando a decisão proferida pela Administração Pública contrariar o enunciado de súmula vinculante. Como aduz DI PIETRO, “se a reclamação for julgada procedente, a decisão do Supremo Tribunal Federal é de cumprimento obrigatório para a autoridade administrativa que praticou o ato contrário à súmula, bem como para a autoridade competente para decidir o recurso administrativo” (2015, p. 886).

8.4.2.4.3 Pedido de reconsideração

É a solicitação do interessado, dirigida à mesma autoridade que expediu o ato, para que possa invalidá-lo ou modificá-lo, na forma do que pretende o requerente. Não se admite novo pedido, se for deferido ou indeferido, total ou parcialmente. A autoridade que já reapreciou o ato não poderá imprimir nova modificação.

Se lei não fixar outro prazo, o direito de pedir reconsideração extingue-se em um ano da data da “decisão administrativa da última instância e sua apresentação não suspende a prescrição, nem interrompe os prazos para os recursos hierárquicos, como, também, não impede a cobrança da dívida fiscal, [quando for o caso] (Dec. nº 20.848, de 23.12.31)”, conforme MEIRELLES (2015, p. 795). Sobre a possibilidade de a autoridade prolatora reconsiderar a decisão recorrida, **vide art. 56, § 1º, da Lei nº 9.784/1999**.

8.4.2.4.4 Recursos hierárquicos

Esses recursos englobam todos os pedidos que as partes dirigem à instância superior da própria Administração, para fins de reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos. Os seus efeitos podem ser: devolutivo e suspensivo ou apenas devolutivo, que é a regra (art. 60 da Lei nº 9.784/1999). O efeito suspensivo, de forma excepcional, há de constar expressamente em lei ou regulamento, ou no despacho de recebimento do recurso (**vide art. 109, § 2º, da Lei nº 8.666/1993**). A interposição de recurso não depende de caução, salvo se a lei, em sentido formal, assim o exigir (art. 56, § 2º da Lei nº 9.784/1999).

Os recursos hierárquicos, segundo o órgão julgador, classificam-se em:

I – Recurso hierárquico próprio

É aquele que a parte dirige à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, requerendo revisão do ato recorrido. Se puder

ocorrer decisão mais gravosa em relação à decisão recorrida, deve o interessado ser cientificado para a apresentação de alegações (art. 64, parágrafo único, da Lei citada).

II – Recurso hierárquico impróprio

É o que o interessado “dirige à autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como acontece com os tribunais administrativos e com os chefes do Executivo federal, estadual e municipal” (MEIRELLES, 2015, p. 797).

Só se admite tal recurso se norma legal o estabelecer, indicando as condições de sua utilização, a autoridade ou órgão incumbido do julgamento e os casos em que tem cabimento. Esse tipo de recurso vem se tornando comum “na instância final das autarquias e empresas estatais, em que a autoridade julgadora é o titular do Ministério ou da Secretaria de Estado [ou do Município] a que a entidade se acha vinculada” (MEIRELLES, 2015, p. 797).

8.4.2.4.5 Revisão do processo

É o meio previsto para o reexame da punição imposta ao servidor, mas, também, ao administrado, a pedido ou de ofício, na ocorrência de um fato novo ou circunstância que enseje justificar sua inocência ou a inadequação da sanção aplicada (DI PIETRO, 2015, p. 889; e CARVALHO FILHO, 2015, p. 993-994).

No caso do servidor público federal, a Lei nº 8.112/1990 prevê a revisão, nos arts. 174 a 182. Estatutos estaduais também fazem idêntica previsão.

Pelo art. 174, citado, a revisão poderá ser feita a qualquer tempo, a pedido ou de ofício. Inclusive pode ser pedida por qualquer pessoa da família do servidor, em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento deste (art. 174, § 1º). Na revisão, o ônus da prova cabe ao requerente (art. 175).

No dizer, aliás, acertado, de CARVALHO FILHO, a revisão, em face dos fatos novos apresentados, que podem “conduzir o administrador à solução diversa daquela que apresentou anteriormente”, enseja “a instauração de *novo processo*, que tramitará em apenso ao processo anterior” (2015, p. 994). Isto por que a revisão tem caráter recursal (art. 174). Entendimento mantido pelo STF (RTJ 128/931).

Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção (art. 65 e seu parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, e art. 182, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990). Neste sentido, agiu bem o legislador. O agravamento da sanção só tem lugar em sede de recurso, quando for o caso, e não de revisão.

8.4.3 Coisa julgada administrativa

Como já é do conhecimento dos que estudam a presente disciplina, o instituto da *coisa julgada* é estudado em TGP. Como afiança CARVALHO FILHO,

O instituto da *coisa julgada* é estudado na teoria geral do processo, indicando uma decisão judicial que não mais pode ser alterada. Nas palavras de FREDERICO MARQUES, ‘*é a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente*’ (2015, p. 1000).

Diz MEIRELLES que “a denominada *coisa julgada administrativa*, que, na verdade, é apenas uma preclusão de *efeitos internos*, não tem o alcance de *coisa julgada judicial*, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário” (2015, p. 798).

Falta ao ato judicial administrativo o *poder conclusivo* da Justiça Comum, que, nos sistemas constitucionais que não adotam o *sistema do contencioso administrativo* (estudado no Direito Administrativo I), é privativo das decisões judiciais, ou seja, das decisões do *sistema de jurisdição única*, como o nosso. Logo, exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, que poderá ser atacada por via judicial (MEIRELLES, 2015, p. 799).

Assim sendo, pode-se afirmar com convicção que a expressão *coisa julgada*, no ramo do Direito em estudo, não poderia ter o mesmo sentido que no Direito Judiciário (Processual). Tal expressão significa tão somente que a decisão administrativa se tornou irretratável no âmbito da própria Administração. Nada mais. Oportuna, pois, complementando a discussão, é a lição de DI PIETRO:

Na função jurisdicional, o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este parte na relação que vai decidir. Por isso mesmo, a função é imparcial e, como tal, torna-se definitiva, pondo fim ao conflito; por outras palavras, ela produz coisa julgada.

Na função administrativa, a Administração Pública é parte na relação que aprecia; por isso mesmo se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de

que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não de torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão (2015, p. 890).

8.4.4 Prescrição administrativa

ELODY NASSAR diz que “a prescrição, em qualquer área do direito, é princípio de ordem pública e objetiva estabilizar as relações jurídicas” (2005, p. 1).

No **item 7.9** tratamos da prescrição civil. Agora, cuidaremos, sobretudo, da prescrição administrativa, ou seja, daquela que se restringe ao interior da Administração Pública, sem desconsiderar algum viés relativo aos administrados.

Como é do conhecimento geral, o instituto jurídico da prescrição “pressupõe a existência de uma *ação judicial* apta à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia de seu titular”. Dessa maneira, fala-se sem propriedade “em *prescrição administrativa* para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público” (MEIRELLES, 2015, p. 799).

O mestre acima referido acentua:

A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais [...], pois é restrita à atividade *interna* da Administração, acarretando a perda do direito de anular ato ou contrato administrativo, e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer (2015, p. 799).

Conceituando a prescrição administrativa, dizia CARVALHO FILHO, até a 20ª edição, que se tratava da “situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado” (2008, p. 859). A partir da 21ª edição (2009), ele afirma que reescreveu o tópico alusivo à prescrição administrativa, “em função de novas reflexões sobre o tema” (2011, p. 887 – nota de rodapé nº 58). Tal nota, todavia, foi abolida na edição de 2013. E afirma, contestando a lição clássica em torno da prescrição administrativa:

Parece-nos, todavia, que, diante do moderno sistema sobre os prazos extintivos em geral, sobretudo a configuração da prescrição e da decadência delineada no vigente Código Civil (arts. 189 a 211), a expressão vai sendo gradativamente

abandonada em razão de sua fluidez e imprecisão. Por tal motivo é conveniente que se tente conferir tratamento mais claro à matéria. É de consignar-se, contudo, que o assunto é inçado de dificuldades, dúvidas e controvérsias, e nunca assumiu ares de pacificação entre os estudiosos. Essa é uma ressalva que não se pode esquecer (2015, p. 1002).

Se for verificada a falta de lei que fixe o prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar permanentemente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. No entendimento do STF “a regra é a prescribibilidade” (RDA 135/78). Nesse sentido, há de observar-se o disposto no art. 37, § 5º, da CF.

Mas, enfim, se a lei não fixa o prazo, como defini-lo? MEIRELLES tem o seguinte entendimento:

Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174). Para os servidores federais a prescrição é de cinco anos, dois anos e cento e oitenta dias, conforme a gravidade da pena (Lei 8.112/90, art. 142) (2015, p. 799-800).

A Lei nº 9.784/1999 consagrou, no âmbito federal, o prazo de cinco anos para a decadência do “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários”, prazo esse contado da data em que foram praticados os atos, “salvo comprovada má-fé” (art. 54). E no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento (art. 54, § 1º).

Para MEIRELLES, a norma mencionada “encerra observação relevante a respeito da terminologia jurídica, ao falar em ‘decadência’ e não em prescrição”. E conclui: “No nosso entender com inteira razão, porque trata-se da *perda do direito de anular*, e o termo *prescrição*, como destacamos, supõe a existência de uma ação judicial” (2015, p. 800).

É imperioso salientar, ainda, que na esfera federal, prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública, direta e indireta, decorrente do poder de polícia, cujo objetivo seja apurar infrações (art. 1º da Lei nº 9.873, de 23.11.1999).

A justificativa para a prescrição administrativa está na necessidade de estabilizar as relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Destacam-se, pois, duas espécies de prescrição administrativa: “uma que ocasiona o perecimento do direito do

administrado ou do servidor, que poderia pleiteá-lo administrativamente; outra que extingue o poder de punir da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 801).

Sobre a suspensão diz o autor nominado:

Aquela [a que ocasiona o perecimento do direito do administrado ou do servidor] pode ser suspensa, interrompida e até relevada pela Administração; esta [a que extingue o poder punitivo da Administração], constituindo uma garantia do servidor ou do administrado de que não será mais punido, pela ocorrência da prescrição, é fatal e irrefreável na sua fluência e nos seus efeitos extintivos da punição (2015, p. 801).

8.5 Controle Legislativo

8.5.1 Alcance

O controle exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração Pública “tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois”, como diz DI PIETRO. E acrescenta que esse tipo de controle “alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa” (2015, p. 892-893). Por fim adverte:

Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional (2015, p. 893).

O controle legislativo apresenta-se sob dois tipos: o *político* e o *financeiro*, como se verá no **item 8.5.3**.

8.5.2 Conceito

É o controle exercido pelos órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Poder Executivo. É ato de controle político, que objetiva os interesses superiores do Estado (art. 49, incisos V e X, CF). Com relação ao inciso V citado, a sustação ali prevista (dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa) pode ser feita de ofício, pelo Congresso Nacional, ou por representação do interessado. Nas esferas estadual e municipal vai depender do que constar da Constituição Estadual e da lei orgânica municipal.

Ainda sobre o controle legislativo, deve-se também levar em consideração os incisos I, II, IV, IX, XII, do artigo citado, e os artigos 51, II; 52, III, IV, V, VI, VII, VIII, e IX; e 58, § 3º.

Como visto, o controle legislativo deve jungir-se ao que está preconizado na Constituição Federal, a fim de evitar a interferência de um Poder sobre outro. Afinal, “nosso sistema presidencialista não concede ao Legislativo faculdades ilimitadas de controle sobre os demais Poderes”. O que se permite é “a apuração de irregularidades de qualquer natureza através de *Comissão Parlamentar de Inquérito*” (MEIRELLES, 2015, p. 821).

Nesse caso, a Lei nº 10.001, de 04.09.2000, na esfera federal, prevê que o relatório da CPI, com suas conclusões, e a resolução legislativa que o aprovar serão encaminhados aos Chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou, ainda, às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.

8.5.2 Fiscalização dos atos da Administração

Nos termos do art. 49, inciso X, a Constituição Federal ampliou bastante as atribuições do Poder Legislativo com vistas à fiscalização e controle dos atos da Administração Pública direta e indireta. Segundo lição do norte-americano GEORGE B. GALLOWAY, “o controle do Executivo pelo Legislativo se desenvolve com três finalidades: ajudar a legislação, supervisionar a Administração e informar a opinião pública sobre o cumprimento da lei” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 822-823).

Além da função genérica de fiscalização dos atos da Administração direta e indireta atribuída pela Constituição ao Legislativo, outras funções de controle político são acometidas ao Congresso Nacional, tais como: aprovação de tratados e convenções internacionais (art. 49, I); autorização ao Presidente da República para declarar guerra e fazer a paz (art. 49, II); aprovação ou suspensão de intervenção federal ou de estado de sítio (art. 49, IV); julgamento das contas do Presidente da República (art. 49, IX) e fiscalização financeira e orçamentária da União (art. 70), auxiliado, nesse item, pelo Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71), como se verá adiante. A CF atribui ainda competência exclusiva ao Congresso Nacional para certas aprovações (art. 49) e conjunta com o Presidente da República para outras (art. 48).

Há, também, funções de controle privativas da Câmara dos Deputados (art. 51, II) e do Senado Federal (art. 52, III, IV, V, VI, VII,

VIII e IX), sem deixar de falar na constituição pelo Senado e pela Câmara, em conjunto ou separadamente, de Comissões Parlamentares de Inquéritos (art. 58, § 3º). Podem as duas Casas Legislativas, em conjunto ou separadamente, constituir Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI por prazo certo e a fim de apurar fato determinado (art. 58, § 3º), bem como pedir informações ao Executivo sobre fatos sujeitos à sua fiscalização (art. 49, X) e processar o Presidente da República e Ministros por crime de responsabilidade (arts. 51, I, e 52, I e II). Não custa lembrar que a CF deu “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” à CPI (art. 58, § 3º), permitindo-lhe convocar e obrigar testemunhas a comparecerem para prestar depoimento, podendo ser conduzidas por autoridade policial, determinar a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, tudo devidamente fundamentado.

8.6 Controle Judiciário

8.6.1 Conceito

É o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori* (**vide item 8.2.3 – III**), unicamente de legalidade, porque é restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Sem dúvida, é um meio de preservação de direitos individuais, pois visa a impor a observância da lei nos casos concretos, quando alguém o reclamar.

8.6.2 Atos sujeitos a controle judicial comum

São os atos administrativos em geral, emanados dos três Poderes. Nesse sentido, deve-se observar o disposto no art. 5º, XXXV, CF, que consagra o sistema de jurisdição única.

Lembra MEIRELLES que “nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado” (2015, p. 830). Mas o Poder Judiciário não pode ir além do exame de legalidade para emitir um juízo de mérito administrativo (conveniência, oportunidade e eficiência). Disso já tratamos alhures.

8.6.3 Atos sujeitos a controle especial

Como está dito no item anterior, os atos administrativos em geral estão expostos à revisão comum da Justiça. Entretanto, há atos que, “por

sua origem, fundamento, natureza ou objeto, ficam sujeitos a controle especial do Poder Judiciário, e tais são os chamados atos políticos, os atos legislativos e os *interna corporis*” (MEIRELLES, 2015, p. 831).

8.6.3.1 Atos políticos

São atos praticados por agentes governamentais, de acordo com a competência que lhes é dada pela Constituição. São, na essência, atos governamentais, e não apenas de administração. Constituem-se em atos de condução dos negócios públicos, e não apenas de execução de serviços públicos. Embora amplamente discricionários, por conta do art. 5º. Inciso XXXV, CF, “nem por isso afastam a apreciação da Justiça quando arguidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público” (MEIRELLES, 2015, p. 832).

8.6.3.2 Atos legislativos

São as leis propriamente ditas (normas em sentido formal e material), que não se sujeitam “a anulação judicial pelos meios processuais comuns, mas sim pela via especial da ação direta de inconstitucionalidade e, agora, também pela ação declaratória de constitucionalidade, tanto para a lei em tese como para os demais atos normativos” (MEIRELLES, 2015, p. 833). **Vide item 8.4.4 – IV.**

Nesse particular, é preciso estar atento para o caso das leis e decretos de efeitos concretos, que, segundo MEIRELLES, “podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular, porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados”, e não se constituem “em atos normativos gerais, mas, sim, [em] deliberações individualizadas revestindo a forma anômala de lei ou decreto” (2015, p. 834).

Como exemplos, podem ser citadas as leis que criam Municípios, as que extinguem vantagens de servidores públicos, as que concedem anistia fiscal e outras congêneres. De igual modo, os decretos de desapropriação, de nomeação, de autorização etc.

8.6.3.3 *Interna corporis*

São os assuntos ou questões relativos direta ou indiretamente à economia interna da Casa Legislativa, “com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara” (MEIRELLES, 2015, p. 835).

Têm-se como exemplos os atos de escolha da Mesa, que resultam de eleições internas, os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.

Sobre o assunto, lúcida é a seguinte lição de MEIRELLES:

Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento (2015, p. 835).

8.6.4 Meios de controle judiciário

I – Juizados Especiais

Por meio da Lei nº 10.259, de 12/07/2001, foram instituídos, no âmbito da Justiça Federal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com competência para processar, conciliar e julgar causas em que o valor seja de até sessenta (60) salários mínimos, bem assim executar suas sentenças. Em tais Juizados, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais podem ser réus.

Com disposições assemelhadas, a Lei nº 12.153/2009 prevê a criação de Juizados especiais da Fazenda Pública para processar, conciliar e julgar causas cíveis do interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios até o valor de sessenta salários mínimos (art. 2º).

II - Mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX, CF)

É o meio constitucional para a proteção de direito individual, próprio, líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de qualquer autoridade. Encontra-se regulado na Lei nº 1.533/1951, e legislação subsequente.

Trata-se de ação civil de rito sumário especial, sujeito a normas procedimentais próprias, somente aplicando-se supletivamente as normas do CPC. Admite suspensão liminar do ato combatido e, se concedida, a ordem tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser impedida sua execução por nenhum recurso comum, exceto pelo presidente do tribunal competente para apreciar a decisão inferior. Diz a jurisprudência que o

Mandado de Segurança não substitui a ação popular (Súmula 101 do STF), nem a ação civil pública (STJ, MS 267-DF, DJU, de 12/12/1989).

III - Mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX)

Posto à disposição de partidos políticos com representação no Congresso, ou de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e funcionando há pelo menos um ano, a liminar só será concedida após audiência da pessoa jurídica de Direito Público (Lei nº 8.437, de 01/07/1992.).

IV - Ação popular (art.5º, LXXIII, CF)

É o remédio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão (eleitor) para obter a anulação de atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público ou de entidades que tenham a participação do Estado, à moralidade administrativa e o meio ambiente natural ou cultural. Está regulada pela Lei nº 4.717 de 29/06/1965. “O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto” (MEIRELLES, 2015, p. 842).

A Constituição Federal isenta o autor popular do pagamento de custas e de sucumbência, salvo comprovada má-fé. Cabe prestar atenção a esta advertência de MEIRELLES:

Entretanto a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de *vindita* partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger (1992, p. 87).

V - Mandado de injunção

Trata-se de remédio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora, na forma do que dispõe o art.5º, LXXI, CF. Tem legitimidade para impetrar o mandado de injunção o titular de um direito instituído e definido em norma constitucional cujo exercício esteja impedido por omissão legislativa (STF, Pleno, MI 373-4-DF, DJU, de 5/11/1991).

Apesar do caráter mandamental do mandado de injunção, o STF tem entendido que é possível a cominação de prazo para o órgão competente editar a norma que se pleiteia, suprindo, dessa forma, a mora legislativa. Mas, vencido esse prazo, assegura-se, concretamente, apenas ao impetrante o exercício do direito inviabilizado pela falta da norma.

VI - Habeas-data

Assegura à pessoa física ou jurídica o conhecimento de registros concernentes ao postulante, e constantes de repartições públicas ou particulares de caráter público, ou, ainda, para retificação de seus dados pessoais (art. 5º, LXXII, “a” e “b”).

O habeas-data está disciplinado pela Lei nº 9.507/1997, que acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além das duas previstas na Constituição: o art. 7º, inciso III, contempla a hipótese de habeas-data “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

VII - Ação direta de inconstitucionalidade (art.102, I, “a”)

Vem a ser o procedimento especial regulamentado pela Lei nº 4.337/1964, alterada pela Lei nº 5.778/1972. Agora, a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, dispõe sobre o seu processo e julgamento, com a complementação que é dada pelo Regimento Interno do STF. Pode ser ajuizada a qualquer tempo (Súmula 360 do STF) pelo Procurador Geral da República ou pelas autoridades definidas no art. 103 da CF, e por meio dela “ataca-se a lei *em tese* (STF, ADI 3.709-9, DJU 15.5.2006), ou qualquer outro *ato normativo*, antes mesmo de produzir efeitos concretos”.

A decisão declaratória da inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição, “tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública” (MEIRELLES, 2015, p. 845).

Esse efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão. Mas, fundado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração, ou dispor que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27 e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999) (MEIRELLES, 2015, p. 845).

Vide art. 125, § 2º, CF, sobre leis e atos normativos estaduais e municipais.

VIII - Ação civil pública

Disciplinada para a Lei nº 7.347/1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos a qualquer interesse difuso ou

coletivo (art.1º). A CF, no art. 129, III, atribui ao Ministério Público a promoção de ação civil pública, mas terceiros podem acionar (art. 129, § 1º, CF), como está previsto no art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

A ação civil pública não serve para amparar direitos individuais, daí porque o STF decidiu que o MP não tem legitimação ativa para propor ação civil pública que verse sobre tributos. Tal entendimento foi consagrado pela MP nº 2.180-35, de 24.08.2001, que ampliou a ilegitimidade do MP para tutelar pretensões referentes a contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários venham a ser individualmente determinados.

Na ação civil pública a liminar depende de audiência da pessoa jurídica de Direito Público (Lei nº 8.437/1992).

IX - Ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF)

Objetiva a expedição de ato normativo necessário para cumprimento de preceito constitucional sem o qual não poderia ser aplicado. Prende-se, assim, à comunicação ao órgão legislativo competente, para que possa suprir a omissão.

X - Ação declaratória de constitucionalidade

Refere-se a lei ou ato normativo federal, conforme dispõe o art. 102, I “a”, CF. Será apreciada pelo STF. A competência para a proposição encontra-se no art. 103, § 4º, CF. O processo e o julgamento desse tipo de ação estão previstos na Lei nº 9.868/1999. Os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, consoante art. 28 da Lei citada, que também prevê medida cautelar nesse tipo de ação.

XI – Medida cautelar

A Lei nº 9.869/1999 prevê a concessão de medida cautelar, que tem eficácia contra todos, com efeito, normalmente, *ex nunc*, como já vinha decidindo o STF. A liminar, nesse caso, suspende a execução da lei, mas não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência, como decidido pela Corte Suprema, que, aliás, pode conceder-lhe eficácia retroativa.

MEIRELLES diz que:

Tal concessão torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário (art. 11, §§ 1º e 2º); mas a suspensão definitiva cabe ao Senado Federal, nos

expressos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, até que a norma seja revogada pelo Legislativo que a votou – pois o Judiciário não anula nem revoga normas legislativas (só anula atos administrativos ilegais), reconhecendo e declarando, apenas, sua ineficácia quando contrárias à Constituição (2015, p. 846).

Resta lembrar que essa medida cautelar exige os mesmos pressupostos das cautelares comuns, ou seja, *periculum in mora e fumus boni juris*.

XII - Outras ações

Admitem-se, ainda, outras ações especiais ou ordinárias para que o particular possa usar contra a Administração Pública, como as ações possessórias (CPC, arts. 920 a 933), ação de nunciação de obra nova (CPC, arts. 934/940), ação de consignação em pagamento (arts. 890 a 900, CPC) etc. Referem-se ao CPC anterior. Não se deve esquecer a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, CF.

8.7 Controle pelo Tribunal de Contas

8.7.1 Controle externo

O art. 70 da CF dispõe que ao Congresso Nacional cabe realizar controle externo da Administração direta e indireta, contando, para tanto, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71). Diz BANDEIRA DE MELLO que “são amplíssimas [...] as competências fiscalizadoras da Corte de Contas” (2015, p. 971).

Com relação ao art. 71, inciso I, CF, salienta DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Há regra de simetria, mandando aplicar as normas relativas ao Tribunal de Contas da União, no que couber, às entidades similares dos Estados e dos Municípios (2003, p. 565).

8.7.2 Controle de legalidade, legitimidade e economicidade

A Constituição Federal ampliando o poder controlador e fiscalizatório dos Tribunais de Contas conferiu-lhes prerrogativas de proceder à apreciação dos atos da Administração Pública direta e indireta (relacionados a despesas e arrecadação de receitas) sobre três prismas fundamentais (art. 70).

Tais prismas, conjugados, permitem e promovem um adequado enquadramento das organizações administrativas e dos gestores de bens e

valores públicos dentro dos postulados constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*), indissociáveis do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Estes prismas fundamentais são os da: a) legalidade; b) legitimidade; e c) economicidade (ROBERTÔNIO PESSOA, 2003, p. 617).

8.7.3 Parecer prévio

Ao Tribunal de Contas compete apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da República (art. 71, I).

BANDEIRA DE MELLO esclarece, oportunamente, que por contas do Presidente entende-se “os documentos relativos à gestão anual que este é obrigado a exibir (balanços, demonstrativos e anexos previstos no art. 101 da Lei nº 4.320/1964) para análise *meramente dos aspectos formais*”. Do mesmo modo “as que concernem aos atos ou indevidas *omissões próprios e específicos do Poder Executivo, de responsabilidade pessoal dele, vale dizer, que lhe sejam direta e pessoalmente imputáveis e que, estas sim, terão de passar por um crivo substancial*” (2015, p. 972).

O citado autor afirma que a competência da Corte de Contas, no âmbito estadual e no municipal, tem sido “absurdamente” extrapolada, nalguns casos, no que concerne aos atos de responsabilidade pessoal do Chefe do Executivo, pois que são apreciados atos de subordinados seus, como se lhe fossem imputados.

Diz ele:

É um contrassenso absoluto considerar a aprovação das contas do Chefe do Poder Executivo dependente da miríade de atos praticados por terceiros, conquanto agentes da Administração direta e indireta: atos que nos respectivos escalões, o Presidente, Governadores e Prefeitos centenas de milhares de vezes sequer poderão saber que foram praticados ou como o foram e se, em cada caso, foi obedecida cada particularizada exigência técnica ou legal. Sem embargo, a sanção pela rejeição de contas do Chefe do Poder Executivo (que ocorrerá se o Legislativo acolher o parecer do Tribunal de Contas neste sentido) é politicamente grave (2015, p. 972 – nota de rodapé nº 1).

8.7.4 Julgamento das contas dos administradores públicos e demais competências

O inciso II, do supracitado art. 71, preconiza o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos em geral. Os incisos III a XI dispõem sobre outras competências da Corte de Contas. **Vide art. 71, inciso X, c/c § 1º, do mesmo artigo.**

8.7.5 Dever dos responsáveis pelo controle interno

Os agentes que integram os sistemas de controle interno, na forma do art. 74, § 1º, darão ciência ao Tribunal de Contas da União de qualquer irregularidade ou ilegalidade de que tomarem conhecimento.

Sobre o dispositivo acima citado, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO ensina que:

Pretende o dispositivo evitar a omissão, tão comum na vida administrativa. Muita vez o ordenador da despesa sabe de fatos que comprometem, porém queda-se silente, como se a coisa pública também dele não fosse. É a célebre cumplicidade por omissão (2006, p. 370).

8.7.6 Legitimidade do cidadão, partido político, associação ou sindicato

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, conforme dispõe o art. 74, § 2º, CF, é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, como já nos referimos no item 8.4.2.3.1.

8.7.7 Tribunais de Contas e Poder Judiciário

Há, no Brasil, uma questão crucial, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, no tocante à possibilidade de revisão jurisdicional de decisão dos tribunais de contas referente à prestação de contas dos agentes públicos. Posicionam-se duas correntes.

A primeira corrente “sustenta que todas as manifestações dos tribunais de contas são passíveis de reexame jurisdicional, porquanto delas se encontra ausente o caráter de definitividade e imutabilidade inerente à decisão jurisdicional, única a fazer coisa julgada formal e material”. Assim, por conta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, contido no art. 5º, inciso XXXV, CF, “todas as funções destes tribunais seriam, sem exceção, de natureza administrativa”. Filiam-se a essa corrente, dentre outros, JOSÉ CRETELLA JR., JOSÉ AFONSO DA SILVA e ODETE MEDAUAR.

A segunda corrente “vem sustentando que nem todas as decisões pronunciadas pelas Cortes de Contas são de natureza administrativa”. Para esta corrente, a jurisdição de contas apresenta-se “como um juízo constitucional privativo das Cortes de Contas. Somente tais órgãos têm competência para *‘julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos’*, nos termos fixados no art. 70, inciso II, do texto constitucional. Ao conferir tais poderes aos

Tribunais de Contas, a própria Constituição limitou o controle judicial no que concerne às contas públicas”. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE e PINTO FERREIRA, dentre outros, fazem fileira nesta corrente (PESSOA, 2003, p. 624-625).

Ora, parece gozar de melhor embasamento a segunda corrente, pois que na sistemática adotada pela Carta de 1988 “o Poder Judiciário não tem poderes para apreciar ou rever contas públicas, sob o aspecto contábil-financeiro do seu mérito”. (PESSOA, 2003, p. 625).

Complementando sua argumentação, diz PESSOA:

Tratar-se-ia, aqui, de uma limitação imposta ao princípio do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) pela própria Constituição, e não por lei. O Tribunal de Contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção, tem essa competência na forma do art. 71, inciso II, da Constituição Federal [...] Em suma: as decisões editadas na apreciação dos atos da Administração Pública têm eficácia apenas administrativa. Tais decisões podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, os julgamentos relativos a contas públicas (art. 71, II, da CF) constituem matéria de apreciação privativa dos Tribunais de Contas, não sendo admitido reexame pelo Poder Judiciário (2003, p. 625).

Nesse particular, a jurisprudência dos Tribunais Superiores aponta para a não apreciação do mérito de julgamento de contas realizado pelos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições constitucionais. A revisão judicial só é possível no caso de irregularidade formal grave, ou manifesta ilegalidade, conforme entendimento do STF, no MS nº 7280/1962.

8.7.8 Tribunais de Contas e Ministério Público

8.7.8.1 A atuação do Ministério Público

O Ministério Público Federal e Estadual afigura-se como importante instituição federativa de controle externo dos Poderes Públicos. Deu-lhe, o texto constitucional, amplas atribuições acerca da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127), assegurando-lhe, para tal fim, “autonomia funcional e administrativa” (§ 2º).

Em monografia sobre o controle da Administração Pública pelo Ministério Público, PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES, ex-Procurador da República, em Sergipe, e, agora, Desembargador Federal, em São Paulo, assim se manifestou:

O controle exercido pelo Ministério Público sobre a Administração, por mais extenso que se revele, só em parte deriva de previsões normativas específicas. Esse controle tem peculiaridades que podem explicar o seu considerável desenvolvimento, mas também alguns problemas jurídicos que suscita (2006, p. 62).

Adiante, o autor citado reconhece que foram postas, de início, algumas dificuldades para a efetivação do controle da Administração pelo Ministério Público:

O exercício do controle da Administração pelo Ministério Público, a partir de 1985, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), fortalecido pela Constituição de 1988, suscitou variados questionamentos jurídicos. Polêmico, o controle foi recebido com entusiasmo por alguns, mas igualmente com visível hostilidade por setores da doutrina e do Poder Judiciário. As questões principais começaram a receber respostas mais nítidas da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

[...]

As ações do Ministério Público suscitam também o problema, ainda mais delicado, dos limites da intervenção jurisdicional: doutrina e jurisprudência manifestaram o receio de que o Poder judiciário, no âmbito da ação civil pública, viesse a se imiscuir indevidamente nas funções próprias aos demais Poderes (2006, p. 83).

De resto, na República os Poderes são independentes e assim mesmo devem permanecer, sem que um deles venha a se imiscuir nas funções dos outros. Por outro lado, do Ministério Público, nos precisos limites da lei, deve-se esperar a atuação de controle em nome dos interesses coletivos e difusos. Mas há de prevalecer sempre a lição de MONTESQUIEU: “*Le pouvoir arrête le pouvoir*”.

8.7.8.2 O Ministério Público Especial

O Ministério Público atua, inclusive, junto aos Tribunais de Contas, desempenhando, inclusive, dupla função. Como fiscal da lei (*custas legis*), manifesta-se nos processos em tramitação nesses órgãos de controle. E como autor (*dominus litis*), em litisconsórcio ou não com outras pessoas, ajuizando ações com o objetivo de responsabilizar os administradores, tomando por base decisões proferidas pelas Cortes de Contas.

Assim é que a Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei nº 8.625/1993) prescreve entre as funções dessa instituição o ingresso “*em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores de dinheiro público condenados por Tribunais ou Conselhos de Contas*”. Logo, o MP tem o dever de ajuizar a ação cabível, de natureza penal (ex: ação penal pública) ou civil (ex: ação civil pública, ação de improbidade).

Tem-se firmado a orientação de que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas constitui órgão especial, desvinculado do Ministério Público comum, tanto federal quanto estadual, como, ademais, já ocorre no Tribunal de Contas da União e em vários Estados.

9 BENS PÚBLICOS

9.1 Domínio público

Muitos autores têm escrito sobre esta expressão, que não apresenta sentido “preciso e inudivos”. Ao contrário, como enfatiza CARVALHO FILHO, “ela é empregada em sentidos variados, ora sendo dado o enfoque voltado para o Estado, ora sendo considerada a própria coletividade como usuária de alguns bens” (2015, p. 1179). É importante atentar para o que diz o autor, citando MEIRELLES:

Com efeito, é comum, de um lado, a referência ao domínio público no sentido dos bens que pertencem ao domínio do Estado ou que estejam sob sua administração e regulamentação. Neste caso, o adjetivo *público* fica entrelaçado à noção de Estado, a quem é conferido um poder de dominação geral. Mas, de outro lado, pode o domínio público ser visto como um conjunto de bens destinados à coletividade, hipótese em que o mesmo adjetivo se estaria referindo *ao público*, de forma direta ou indireta. Neste ângulo, incluir-se-iam não somente os bens próprios do patrimônio do Estado, como aqueles que servissem para a utilização do público em geral, mesmo quando fossem diversos dos bens que normalmente são objeto de propriedade (como as praças públicas, por exemplo) ou quando se caracterizassem pela inapropriedade natural (como o ar, por exemplo). Logicamente, este último sentido traduz maior amplitude que o primeiro (2015, p. 1179).

De longe, porém, vem a compreensão sobre os bens públicos, como, aliás, foi visto nos estudos empreendidos no semestre passado, em Direito Administrativo I, quando se falou nos prenúncios do Direito Administrativo (**vide apostila da Parte I, item 1.1.2 - III**). A esse respeito diz MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Já no Direito Romano se fazia referência aos bens públicos, constando da divisão das coisas apresentadas por Caio e Justiniano nas Institutas. Falava-se, então, em *res nullius*, como coisas *extra commercium*, dentre as quais se incluíam as *res communes* (mares, portos, estuários, rios, insuscetíveis de apropriação privada), as *res publicae* (terras, escarvos, de propriedade de todos e subtraídas ao comércio jurídico) e *res universitatis* (fórum, ruas, praças públicas) (2015, p. 812).

9.2 Domínio eminente

É de atentar-se para o fato de que “quando se pretende fazer referência ao poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território, emprega-se a expressão *domínio eminente*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1180).

O *domínio eminente* não tem caráter patrimonial, ou seja, não se refere à propriedade estatal relativa aos seus próprios bens, mas diz respeito ao poder geral do Estado acerca de tudo quanto esteja nos seus limites territoriais, por conta de sua soberania. O Estado não é proprietário de tudo, mas é detentor da disponibilidade potencial, exatamente em face de seu poder soberano. O domínio eminente abarca os bens públicos, os bens privados e os bens não sujeitos ao regime normal de propriedade, a exemplo do espaço aéreo e das águas, incluindo o mar territorial.

Diferente do *domínio eminente* é o *domínio patrimonial*, que se refere aos bens que o Estado possui como próprios, a exemplo do que ocorre com qualquer pessoa privada, que detém a propriedade de bens, na forma da lei. **Vide item 9.4-III.**

9.3 Conceito de bens públicos

Em sentido amplo, são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam às pessoas jurídicas de Direito Público interno, conforme assevera o art. 98 do Código Civil vigente.

9.4 Classificação dos bens públicos quanto à destinação

De acordo com a destinação, o Código Civil, no art. 99, classifica-os como:

I - Bens de uso comum do povo (indisponíveis ou do domínio público)

Como a própria expressão o diz, são aqueles destinados à utilização geral pelos indivíduos. São os rios, mares, estradas, ruas e praças. São, em tese, inalienáveis, conforme determina o art. 100 do Código Civil. Apesar disso, cabe ao Poder Público regulamentar a sua destinação, como acentua CARVALHO FILHO,

Aqui o que prevalece é a *destinação pública* no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público (2015, p. 1187).

II - Bens de uso especial (ou do patrimônio administrativo)

São aqueles destinados aos serviços administrativos e à execução dos serviços públicos, nas três esferas administrativas. São os edifícios das repartições públicas e os terrenos aplicados aos serviços públicos federais,

estaduais e municipais, incluindo os das autarquias (art. 99, II, CC), acrescentando os bens das fundações governamentais de Direito Público. São exemplos desses bens as escolas e universidades, os hospitais, os prédios dos três Poderes, os cemitérios públicos, os aeroportos, os museus, os mercados públicos, as terras reservadas aos indígenas etc.

Alguns doutrinadores incluem os veículos que servem à Administração, os navios e os veículos militares, além de outros que o Estado põe à disposição do público, mas com destinação especial. O art. 100 do Código Civil dispõe sobre sua inalienabilidade, a exemplo dos bens de uso comum do povo.

A denominação usada (uso especial) não é muito feliz. A esse respeito, diz CARVALHO FILHO:

A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Da mesma forma que os de uso comum do povo, podem ser federais, estaduais e municipais (2015, p. 1187).

III - Bens dominicais (ou do patrimônio disponível)

São os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público (art. 99, III, CC). Estes podem ser utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o preferir (art. 101, CC), na forma da lei.

Não dispondo a lei em contrário, são também dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público a que se tenha dado estrutura de Direito Privado, na forma do parágrafo único, art. 99, do Código Civil. Esta inovação do Código Civil não parece ter sido feliz, merecendo a contestação de alguns autores, como o faz, por exemplo, CARVALHO FILHO:

A ideia da norma é, no mínimo, estranha. Há duas hipóteses que teriam pertinência no caso: ou a pessoa de direito público se transforma em pessoa de direito privado, logicamente adotando a estrutura própria desse tipo de entidade; ou continua sendo de direito público, apenas adaptando em sua estrutura alguns aspectos (e não podem ser todos!) próprios de pessoas de direito privado. Ao que parece, somente esta segunda hipótese se conformaria ao texto legal, mas fica difícil entender a razão do legislador (2015, p. 1189).

Em suma, o conceito de bens dominicais é residual, ou seja, não sendo bens de uso comum do povo nem de uso especial, são dominicais.

Resta uma observação: alguns autores denominam os bens *dominicais* de *dominiais*. Outros têm compreensão diferenciada. Para os últimos, a distinção se faz em face de que a expressão *bens dominiais* “deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua categoria, natureza ou destinação”, como sustenta CARVALHO FILHO, citando CRETELLA JÚNIOR (2015, p. 1189). **Vide item 9.2.** É de notar que CRETELLA JR. sempre foi, dentre os nossos publicistas, um grande estudioso da origem latina das palavras usadas no mundo jurídico, dando-lhes a devida compreensão.

9.5 Utilização de bens públicos

O tema aqui apresentado refere-se ao uso por terceiros dos bens públicos que podem ser utilizados pela comunidade em geral ou por particulares definidos.

9.5.1 Utilização de bens de uso comum do povo

Os bens públicos aqui enquadrados são todos aqueles que o povo usa sem discriminação de usuários, como se dá com os logradouros públicos, rios navegáveis, mar, praias etc.

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens são utilizados por todos os membros da coletividade – *uti universi*.

O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, na forma da lei, conforme prescreve o art. 103 do Código Civil. Cita-se, como exemplo de retribuição pelo uso comum dos bens públicos, o pedágio pago nas rodovias, as taxas de ocupação do solo público (como ocorre nas feiras livres, nas festas) etc.

9.5.2 Utilização de bens de uso especial

Alguns bens de uso especial podem ser destinados ao uso por particulares, nas formas previstas em lei.

9.5.2.1 Formas administrativas para o uso especial.

I - Autorização de uso

É ato unilateral, discricionário e precário. Ex: ocupação de um terreno baldio por um circo. Não gera privilégios contra a Administração, dispensando lei autorizativa e licitação. Pode ser gratuito ou remunerado.

II - Permissão de uso

Ato negocial (relativo, como se sabe, a negócio público), unilateral discricionário e precário. Gratuito ou remunerado. Com tempo certo ou indeterminado. Modificável ou revogável. Incide sobre instalações particulares convenientes em lugares públicos, tais como bancas de revistas, vestiários em praias e outras instalações particulares convenientes em logradouros públicos, como diz MEIRELLES (2015 p. 631).

Se não há interesse por parte da comunidade, mas só pelo particular, não se fala em permissão ou concessão; fala-se em autorização, em caráter extremamente precário (para alguns, contrariando MEIRELLES, uma banca de revistas seria autorizada, e não permitida). O citado autor salienta que “a permissão de uso é um meio-termo entre a informal autorização e a contratual concessão, pois é menos precária que aquela, sem atingir a estabilidade desta”. E conclui que a “diferença é de grau na atribuição do uso especial e na vinculação do usuário com a Administração” (2015, p. 632).

A Lei nº 9.636/1998, no art. 22, trata da permissão de uso, tendo-a como a utilização, a título precário, de bens da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional. É preciso lembrar que a permissão de uso especial de bem público, embora não dependa de lei autorizativa, depende de licitação (art. 2º da Lei nº 8.666/1993).

III - Cessão de uso

É a transferência gratuita da posse de um bem público de entidade ou órgão para outro (a), com vistas à utilização por este (a), na forma estabelecida. É ato de colaboração. É ato interno que não transfere a propriedade. Se a cessão é para entidade privada, depende de autorização legal. Entende-se, todavia, que não depende de autorização legal se for para entidade privada, porém filantrópica, que presta serviços considerados como de natureza pública, a exemplo da área da saúde etc.

IV - Concessão de uso

É o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem público a particular para que o explore de acordo com a destinação específica.

Difere da permissão e da autorização por seu caráter contratual e estável. Não se deve esquecer o caráter contratual da permissão de serviços

públicos, por definição constitucional, como foi visto no **item 3.11.2 – I**. Pode ser remunerada ou gratuita. Depende de autorização legal, de licitação e, obviamente, contrato. Ex: um hotel, restaurante, parque etc., pertencentes ao Poder Público, para serem explorados por particulares.

V – Concessão especial de uso

Esta modalidade de concessão foi referida em dispositivos da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade –, que, contudo, receberam o veto presidencial. Dois meses depois, a Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001, criou a figura da citada concessão, com vistas a regularizar a ocupação ilegal de terrenos públicos pela população de baixa renda sem moradia. E o art. 2º da EC nº 32/2001 acabaria consagrando essa modalidade.

A concessão especial de uso é conferida àquele que, até 30 de junho de 2001, possuísse como seu, por cinco anos consecutivos e sem oposição, até 250 metros quadrados de imóvel público, situado em área urbana, onde tem sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural, na forma do art. 1º.

Embora guarde semelhanças com a *concessão de direito real de uso*, dela difere porque se limita à finalidade de moradia do possuidor. Deve ser outorgada por termo administrativo ou por decisão judicial, em caso de recusa da Administração Pública, valendo o respectivo título para inscrição no cartório de registro de imóveis.

VI - Concessão de direito real de uso

É o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular para que o utilize em fins específicos de urbanização, industrialização (Ex: galpões do Distrito Industrial de Aracaju – DIA), edificações, cultivo etc., por interesse social. Criado pelo DL nº 271, de 28.02.1967, pode ser transferido por ato *inter vivos* ou por sucessão. Depende de autorização legal e de licitação (art. 17, § 2º, da Lei nº 8.666/1993). Pode ser outorgado por escritura pública ou termo administrativo.

9.6 Imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração de bens públicos

9.6.1 Imprescritibilidade

Decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. Ninguém os pode adquirir enquanto guardarem a condição de bens públicos. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles, na forma do que dispõe o art. 102 do Código Civil. Aliás, nesse sentido, já havia se pronunciado o STF, pela Súmula 340 (“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”), enquanto a Constituição Federal veda a aquisição por terceiros de bens públicos mediante usucapião, no que concerne aos imóveis (arts. 183, § 3º, e 191, p. único).

Há muitas controvérsias quanto à aquisição da titularidade da propriedade de bens públicos, ou de alguns deles, por particulares mediante usucapião, como mostra CARVALHO FILHO, que discorda de quem assim pensa (2015, p. 1195-1196). E ele chama atenção para o que se dá com o “Programa Minha Casa, Minha Vida”:

A Lei nº 11.977, de 7.7.2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, prevê a conversão da legitimação da posse em registro de propriedade, *“tendo em vista sua aquisição por usucapião, na forma do art. 183 da Constituição Federal”* (art. 60). Infelizmente, o legislador só fez aumentar a confusão sobre a matéria. Na verdade, nem há usucapião, nem o autoriza o art. 183 da CF. A aquisição da propriedade, ao contrário, decorre da própria autorização contida na lei (2015, p. 1196).

9.6.2 Impenhorabilidade

É decorrência do preceito constitucional que dispõe sobre a forma pela qual devem ser executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública, sem admitir a penhora de seus bens. Permite, contudo, o sequestro da quantia necessária à satisfação dos débitos decorrentes de algumas condições processuais (art. 100, CF).

O CPC estabelece as regras para o pagamento das requisições judiciais. Isso significa que o Poder Público deve providenciar os recursos necessários à execução, que se processa sem penhora dos bens públicos.

9.6.3 Não onerabilidade

O que deve ser entendido por onerar um bem? Onerar quer dizer deixar como garantia para o credor no caso de inadimplemento da obrigação assumida pelo devedor.

Diante das características de inalienabilidade e de impenhorabilidade, os bens públicos não podem ser onerados, ou seja, não podem ser dados em garantia, não podem ser gravados como direito real em favor de terceiros.

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são, em tese, inalienáveis. Já o sabemos. Quanto aos bens dominicais e às rendas públicas, há o obstáculo constitucional da impenhorabilidade em execução judicial. Para garantir empréstimos há o recurso à emissão de títulos, por exemplo.

Todavia, poderá ocorrer de as partes (credor e Poder Público devedor) convencionarem em documentos a estipulação onerosa, atropelando o ordenamento jurídico. Preleciona CARVALHO FILHO:

Temos, pois, que o credor do Poder Público não pode ajustar garantia real sobre bens públicos. Se, por desvio jurídico, as partes assim ajustarem, a estipulação é nula e não pode ensejar os efeitos normalmente extraídos desse tipo de garantia. O credor terá que se sujeitar ao regime no mandamento do art. 100 da Carta em vigor, isto é, o regime de precatórios (2015, p. 1197).

9.7 Natureza física dos bens públicos, conforme previsão constitucional

9.7.1 Bens da União

A Constituição Federal, além dos bens já pertencentes à União, na época da sua promulgação, e dos que vierem a lhe ser atribuídos, relacionou outros bens federais.

9.7.1.1 Bens do domínio hídrico

I - Águas correntes

Águas correntes são formadas pelo mar territorial (art. 20, VI, CF) e pelos rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio (art. 20, III, da CF).

Quanto ao mar territorial, a Lei nº 8.617/1993 delimita-o em doze milhas marítimas de largura desde a linha de baixa-mar do litoral continental ou insular do país (art. 1º). Mas, para fins de exploração econômica exclusiva a faixa se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial (art. 6º).

II – Águas dormentes

São os lagos em geral (art. 20, III, CF).

As lagoas e os lagos situados e cercados em um só prédio particular, e que não forem alimentados por correntes públicas, não são bens públicos: art. 2º, § 3º, do Código de Águas (Dec. Federal nº 24.643/1934).

III - Potenciais de energia hidráulica (vide art. 20, VIII, CF).

9.7.1.2 Bens do domínio terrestre

I – Do solo

a) **Terras devolutas:** terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial (art. 20, II, CF).

b) **Terrenos de marinha:** faixa de terra fronteira ao mar numa largura de 33 m contados da linha da preamar média de 1831, para o interior do continente (art.20, VII, CF). A definição inicial dos terrenos de marinha foi dada pelo Aviso Imperial de 12/7/1833, tendo o DL nº 9.760/1946 mantido os mesmos limites. Como pertencem à União, o uso dessas áreas por particulares é feito sob o regime da *enfiteuse*, pagando-se o *foro* anual e, no caso de transferência onerosa do domínio útil ou cessão de direitos por ato *inter vivos*, o *laudêmio*. Sobre as praias, vide Lei nº 7.661/1988, que trata do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

c) **Terrenos reservados:** faixa de terra à margem dos rios livres da influência das marés com extensão de 15 m, contados da linha média das enchentes (art. 20, III, *in fine*, CF).

d) **Os acrescidos aos terrenos de marinha** (20,VII, CF).

e) **Ilhas:** oceânicas e costeiras, fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países (20, IV, CF).

f) **as praias marítimas** (art. 20, IV, CF).

Vide art. 225, § 4º, CF.

II – Do subsolo

As jazidas minerais e as cavidades naturais subterrâneas ali situadas (art. 20, IX e X, CF). Vide art. 176, da CF.

III – Outros

- Sítios arqueológicos e pré-históricos (Vide art.20, X, CF);
- Terras ocupadas pelos índios (20, XI, CF). A definição dessas áreas está expressa no art. 231, § 1º, da CF.

Oportuna é a observação de CARVALHO FILHO acerca de terras que outrora foram ocupadas por aldeamentos indígenas:

Para bem realçar o caráter protetivo que o sistema jurídico empresta a tais áreas, o STF definiu que os bens do domínio da União, previstas no art. 20, incisos I (bens que lhe pertencem ou que vierem a lhe pertencer) e IX (recursos minerais), não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (2015, p. 1253).

No que diz respeito aos bens federais, não se deve olvidar que o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 é o estatuto que regulamenta os mais diversos aspectos referentes aos mesmos. Do mesmo modo, é oportuna esta lição de CARVALHO FILHO:

Vale a pena acrescentar que litígios que envolvam bens públicos federais, sejam de natureza penal, sejam de caráter civil, e que encerrem a necessidade de sua preservação, devem ser deslindados na *justiça federal*, mesmo na hipótese em que terceiro tenha a responsabilidade direta pela gestão dos bens (2015, p. 1185).

9.7.2 Bens dos Estados

Os bens incluídos como dos Estados são aqueles dispostos no art. 26, CF. A CF não aludiu ao Distrito Federal no citado dispositivo, mas também não o excluiu. Logo, é de admitir-se a “identidade de tratamento no assunto”, como bem o diz CARVALHO FILHO (2015, p. 1186).

Lembra ainda o autor acima referido que a relação de bens estaduais do art. 26, CF, não é taxativa, pois há, claro, outros bens estaduais que não foram ali elencados:

Ao Estado pertencem outros bens, como, por exemplo, os prédios estaduais, a dívida ativa, os valores depositados judicialmente para a Fazenda Estadual e outros (2015, p. 1186).

Por analogia, os bens especificados como estaduais também são aplicados ao Distrito Federal.

9.7.3 Bens dos Municípios

A Constituição Federal não contemplou os Municípios com a descrição de bens, salvo no que respeita ao disposto no art. 26, II, as ilhas que estejam “sob domínio da União, Municípios ou terceiros”. O art. 20, IV, exclui dentre os bens da União as ilhas que sejam sedes de Municípios, como Florianópolis (SC), São Luís (MA), a Ilha de Santa Luzia, sede municipal da Barra dos Coqueiros (SE).

Não são poucos, porém, os bens municipais. Diz CARVALHO FILHO:

Como regra, as ruas, praças, jardins públicos, os logradouros públicos pertencem ao Município. Integram-se entre seus bens, da mesma forma, os edifícios públicos e os vários imóveis que compõem seu patrimônio. E, por fim, os dinheiros públicos municipais, os títulos de crédito e a dívida ativa também são bens municipais (2015, p. 1186).

9.8 Afetação e desafetação

9.8.1 Afetação (ou consagração)

Como preleciona GASPARINI “afetar é atribuir ao bem uma destinação; é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial” (2009, p. 887). E diz mais:

Assim, se em certo terreno, adquirido pelo Estado por doação, for determinada a construção de uma penitenciária, de um museu ou de uma praça esportiva, tem-se sua afetação ao uso especial por ato administrativo. Por fim, se a lei atribui ao indigitado terreno certa destinação (praça pública), tem-se sua afetação por lei.

[...]

Com a afetação o bem passa a integrar a categoria dos bens de uso comum do povo ou de uso especial, regendo-se daí por diante pelo regime jurídico de uma ou outra dessas espécies de bens públicos (2009, p. 887).

Assim, segundo BANDEIRA DE MELLO, afetação “é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso ou especial” (2015, p. 939). Para CARVALHO FILHO, é “o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração” (2015, p. 1191). A afetação ao uso comum pode provir do destino material do bem (ex: mares, rios, ruas etc.) ou de lei ou ato administrativo que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

9.8.2 Desafetação (ou desconsagração)

É a retirada do bem do referido destino, ou, como preleciona CARVALHO FILHO, “é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior” (2015, p. 1191). Em suma, é o inverso da afetação.

Não será custoso lembrar que os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público.

A desafetação dos bens de uso comum, ou seja, “seu trespasse para uso especial ou sua conversão em bens dominicais, depende de lei ou ato do Executivo praticado na conformidade dela”, conforme BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 939). A desafetação ocorrerá no mesmo molde da afetação (lei ou ato).

EDMIR NETTO DE ARAÚJO salienta:

Os bens de uso comum do povo [...] não podem ser alienados ou onerados enquanto mantiverem tal qualificação, sendo de se notar que não basta que a lei ordinária os desafete, mas que realmente deixem de ser imprescindíveis para o atendimento do interesse coletivo, pois essa indisponibilidade do interesse público inibirá a lei ordinária de torná-los inalienáveis (2007, p. 1114).

A desafetação dos bens de uso especial para a classe de bens dominicais também depende de lei (Ex: o Poder Legislativo Municipal autoriza a doação ao Estado de um prédio municipal onde funcionava uma creche) ou ato administrativo (Ex: a Municipalidade determina a demolição de um prédio, que se acha condenado, e onde funcionava uma escola).

Deve-se lembrar que um fato jurídico (ou da natureza) pode determinar a passagem do bem de uma categoria para outra (um terremoto, por exemplo, que vem a destruir um prédio onde funcionava uma repartição pública), como lembra GASPARINI (2009, p. 887), citado, inclusive, por BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 939).

Referências Bibliográficas

1. **Amaral**, Antônio Carlos Cintra do. Ato Administrativo, Licitações e 2. Contratos Administrativos. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.
2. _____. Concessão de Serviços Públicos. São Paulo: Malheiros, 1996.
3. **Araújo**, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
4. **Bandeira de Mello**, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
5. _____. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed. (6. tiragem). São Paulo: Malheiros, 1999.
6. **Bastos**, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994.
7. **Bittencourt**, Sidney. Licitação de Registro de Preços. Rio de Janeiro: Temas e Ideias Editora, 2003.
8. _____. Pregão Eletrônico. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2003.
9. **Boselli**, Paulo José Braga. Simplificando as Licitações. 2 ed. São Paulo: Edicta, 2002.
10. **Britto**, Carlos Ayres. O Perfil Constitucional da Licitação. Curitiba: ZNT Editora, 1997.
11. **Caetano**, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
12. _____. Manual de Direito Administrativo. Vol. I. 10 ed. 6ª reimpressão revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 1997.
13. **Carvalho**, Antônio César Leite de *et Santana*, José Lima. Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva. 3 reimp. Curitiba: Editora Juruá, 2012.
14. **Carvalho Filho**, José dos Santos. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
14. _____. Processo Administrativo Federal. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
16. **Cretella Júnior**, José. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
17. **Dallari**, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
18. **Di Pietro**, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
19. _____. Maria Sylvia Zenella *et alli*. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
20. **Dromi**, José Roberto. Licitación Pública. 2 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

21. **Esteves**, Júlio César dos Santos. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
22. **Figueiredo**, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
23. **Fontes**, Paulo Gustavo Guedes. O Controle da Administração pelo Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
24. **Furtado**, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos – Teoria, Prática e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.
25. **Gasparini**, Diogenes. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
26. **Guglielmi**, Gilles. Gestión Privada de los Servicios Públicos. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
27. **Guimarães**, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.
28. **Justen Filho**, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16 ed. São Paulo: RT, 2014.
29. _____ Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico). São Paulo: Dialética, 2001.
30. _____ Curso de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
31. **Lima**, J. B. de Menezes. Sindicância & Verdade Sabida. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
32. **Lima**, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. Licitações à Luz do Novo Estatuto da Microempresa. Campinas: Servanda Editora, 2008.
33. **Medauar**, Odete (Org.). Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora NDJ, 1998.
34. **Meirelles**, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
35. _____ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
36. _____ Licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: RT, 1990.
37. **Milaré**, Édis. Direito do Ambiente. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.
38. **Monteiro**, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume 4º. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.
39. **Moreira**, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
40. **Moreira Neto**, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
41. **Motta**, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
42. **Mukai**, Toshio. Licitações e Contratos Públicos. São Paulo: Saraiva, 1998.

43. **Nassar**, Elody. Prescrição na Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 2004.
44. **Niebuhr**, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. São Paulo: Dialética, 2003.
45. **Nohara**, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
46. **Oliveira**, Regis Fernandes de. Servidores Públicos. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
47. **Pereira Júnior**, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
48. **Pessoa**, Robertônio. Curso de Direito Administrativo Moderno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
49. **Poltronieri**, Renato. Parcerias Público-Privadas e a Atuação Administrativa. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2005.
50. **Pompeu**, Cid Tomanik. Autorização Administrativa. São Paulo: Editora RT, 1992.
51. **Reale**, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.
52. **Rocha**, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.
53. **Rolim**, Luiz Antônio. A Administração Indireta, as Concessionárias e Permissonárias em Juízo. São Paulo: TR, 2004.
54. **Santos**, Jair Lima. Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública. Curitiba: Editora Juruá, 2005.
55. **Simões**, Mônica Martins Toscano. O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados. São Paulo: Malheiros, 2004.
56. **Sirvinskas**, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
57. **Tolosa Filho**, Benedicto. Pregão: Uma Nova Modalidade de Licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
58. **Verri Jr.**, Armando *et alli* (Coord.). Licitações e Contratos Administrativos – Temas Atuais e Controvertidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.