Coleção
Carreiras Jurídicas
2024

VOL. 02

DIREITO ADMINISTRATIVO

Autor:
Daniel Mesquita

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EDITORA
CP IURIS

ORGANIZADO POR CP IURIS

ISBN 978-65-5701-142-3

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

DIREITO ADMINISTRATIVO

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4ª edição

Brasília

2024

CP IURIS

SOBRE OS AUTORES

DANIEL MESQUITA DOS SANTOS

Defensor Público do Distrito Federal. Foi Procurador do Estado do Paraná com atuação perante os Tribunais Superiores, Analista Processual do MPU (PGR) e Técnico Administrativo do MPU. Graduado em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Especialista em "Advocacia Pública" pela Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal) em parceria com o Instituto Democrático de Direito (IDDE). Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

SUMÁRIO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 16

1. ORIGEM E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 17
2. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO 18
2.1. Lei 18
2.2. Doutrina 19
2.3. Jurisprudência 19
2.4. Costumes 19
2.5. Precedentes administrativos 19
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 19
3.1. Administração Pública em sentido Objetivo, Material ou Funcional 19
3.2. Administração Pública em sentido Subjetivo, Orgânico ou Formal 20
3.3. Administração Introversa e Extroversa 20
4. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO 20
4.1. Prerrogativas 20
4.2. Sujeições 21
5. PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO 21
5.1. Princípio da Legalidade 21
5.2. Princípio da Impessoalidade 22
5.3. Princípio da Moralidade 24
5.4. Princípio da Publicidade 26
5.5. Princípio da Eficiência 28
5.6. Princípios Implícitos 29
5.6.6. Princípio da Especialidade 33

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA 34

1. DESCONCENTRAÇÃO 35
.1. Órgãos Públicos 35
1.1.1. Características 35
2. DESCENTRALIZAÇÃO 40
2.1. Espécies de descentralização 40
3. CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO 42
4. ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA 43
4.1. Autarquias 43
4.2. Agências Reguladoras 45
4.3. Agências Executivas 51
4.4. Fundações Públicas 52
4.5 Empresas Estatais 54
5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 61
5.1. Administração Pública em sentido Objetivo, Material ou Funcional 61
5.2. Administração Pública em sentido Subjetivo/Orgânico/Formal 61
5.3. Administração Introversa e Extroversa 61
6. ENTES DE COOPERAÇÃO - 3º SETOR 62
6.1. Surgimento do Terceiro Setor 62
6.2. Características do Terceiro Setor 62
6.3. Entidades do Terceiro Setor 63
6.4. Serviço Social Autônomo ou Pessoas de Cooperação Governamental 63
6.5. Organizações Sociais 64
6.6. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público 67

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL – OSC 70
7.1. Dos Termos de Colaboração e de Fomento *72*
7.2. Do Procedimento de Manifestação de Interesse Social *72*
7.3. Do Chamamento Público *72*
7.3.1. Da dispensa do chamamento público *73*
7.4. Da Responsabilidade e das Sanções *74*
8. CONSÓRCIOS PÚBLICOS 75
8.1. Comentários Iniciais *75*
8.2. Formalização *76*
8.3. Contrato de Rateio *77*
8.4. Contrato de Programa *77*
8.5. Controle pelo Tribunal de Contas *78*
8.6. Comentários Finais *78*

PODERES ADMINISTRATIVOS 80

1. DOS PODERES, DEVERES E PRERROGATIVAS 81
2. PODERES ADMINISTRATIVOS 81
2.1. Poder Hierárquico *81*
2.2. Poder Disciplinar *82*
2.3. Poder Normativo ou Regulamentar *83*
2.4. Poder de Polícia *87*
3. DOS PODERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS 92
3.1. Do uso do Poder *92*
3.2. Poder-Dever de Agir *93*
3.3. Do abuso do Poder *93*
4. DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS 94
4.1. Do Dever de Probidade *94*
4.2. Do Dever de Prestar Contas *94*
4.3. Do Dever de Eficiência *95*

ATOS ADMINISTRATIVOS 96

1. DIFERENÇAS IMPORTANTES 98
1.1. Ato x Fato *98*
2. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO 98
2.1. Conceito: *98*
2.2. Espécies *98*
3. ATOS ADMINISTRATIVOS PROPRIAMENTE DITOS. 98
3.1. Conceito: *99*
3.2. Vinculação e Discricionariedade *100*
3.3. Silêncio da Administração *100*
3.4. Atributos *102*
3.5. Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo *105*
3.6. Convalidação *109*
4. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 110
4.1. Cumprimento de seus Efeitos *111*
4.2. Desaparecimento do Sujeito ou do seu Objeto *111*
4.3. Renúncia *111*
4.4. Retirada *111*
5. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 116
5.1. Quanto às prerrogativas *116*
5.2. Quanto à Formação da Vontade *116*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

5.3. Quanto ao Destinatário *117*
5.4. Quanto aos Efeitos *117*
5.5. Quanto à Exequibilidade *118*
5.6) Quanto ao objeto *119*
6. ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS 119
6.1. Quanto à Forma *119*
6.2. Quanto ao Conteúdo *119*
7. TIPOS DE ATOS 120
7.1. Atos Normativos *120*
7.2. Atos Negociais *120*
7.3. Atos Ordinatórios *121*
7.4. Atos Enunciativos *121*
8. SINDICABILIDADE E LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO 121

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 124

1. COMENTÁRIOS INICIAIS 125
2. TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL 125
2.1. Teorias Civilistas *125*
2.2. Teorias Administrativas *126*
3. DANOS DECORRENTES DE OBRAS PÚBLICAS 134
3.1. Dano pelo Simples Fato da Obra *134*
3.2. Dano Resultante pelo Comportamento Doloso ou Culposo de um Empregado da Contratada *134*
3.3. Dano Resultante de uma Conduta do Estado e da Contratada *134*
4. DANOS DECORRENTES DE ATOS DE MULTIDÕES 134
5. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO A TERCEIRO NÃO-USUÁRIO E A USUÁRIO 135
6. TEORIA DA DUPLA GARANTIA 135
7. DENUNCIAÇÃO À LIDE 135
8. RESPONSABILIDADE ESTATAL NAS RELAÇÕES DE CUSTÓDIA 136
9. PRESCRIÇÃO 137
9.1. Ação de Regresso – Art. 37, § 5º da CR/88 ..... *137*
9.2. Ação de Indenização *138*
10. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS 138
10.1. Leis de Efeitos Concretos *138*
10.2. Leis Inconstitucionais *138*
10.3. Omissão Inconstitucional Quanto ao Dever de Legislar *139*
11. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR ATOS DO PODER JUDICIÁRIO 139
12. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES 140

LICITAÇÃO – LEI Nº 14.133/21 141

1. CONCEITO DE LICITAÇÃO 144
2. OBJETIVOS DA LICITAÇÃO 147
3. PRINCÍPIOS – ART. 5º DA LEI N.º 14.133/21 147
3.1. Princípio da Isonomia e Igualdade *147*
3.2. Princípio da Seleção da Proposta Mais Vantajosa *149*
3.3. Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável e a Função Regulatória da Licitação *149*
3.4. Legalidade e Impessoalidade *149*
3.5. Moralidade e Probidade Administrativa *149*
3.6. Vinculação ao Edital *149*
3.7. Julgamento Objetivo *150*
3.8. Princípio da Eficiência *150*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.9. Princípio do Interesse Público *151*
3.10. Princípio do Planejamento *151*
3.11. Princípio da Publicidade *151*
3.12. Princípio da Segregação das Funções *152*
3.13. Princípio da Motivação *153*
3.14. Princípio da Segurança Jurídica *153*
3.15. Princípio da Transparência *154*
3.16. Princípio da Razoabilidade *154*
3.17. Princípio da Proporcionalidade *155*
3.18. Princípio da Competividade *156*
3.19. Princípio da Celeridade *156*
3.20. Economicidade e Princípio da Eficácia *157*
3.21. Princípios Correlatos *158*
4. APLICABILIDADE DA LEI N.º 14.133/21 160
5. OBJETO 161
6. CONTRATAÇÃO DIRETA 162
6.1. Procedimento de Justificação *162*
6.2. Dispensa de Licitação *163*
6.3. Inexigibilidade de Licitação *168*
7. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO 171
7.1. Fase Preparatória *172*
7.2. Publicação do Edital *177*
7.3. Apresentação de Propostas e Lances *179*
7.4. Julgamento de Propostas e Lances *181*
7.5. Habilitação *183*
7.6. Adjudicação e Homologação *188*
8. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIOS 188
9. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS 189
10. IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE RECONSIDERAÇÃO E DOS RECURSOS 190
11. MODALIDADES 191
11.1. Pregão *191*
11.2. Concorrência *193*
11.3. Concurso *193*
11.4. Leilão *194*
11.5. Diálogo Competitivo *194*
12. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO 196
12.1. Menor Preço *196*
12.2. Maior Desconto *197*
12.3. Melhor Técnica ou Conteúdo Artístico *198*
12.4. Técnica e Preço *198*
12.5. Disposições Comuns aos Critérios Melhor Técnica e Técnica e Preço *199*
12.6. Maior Retorno Econômico *199*
12.7. Maior Lance *200*
13. DOS AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS PELA LICITAÇÃO 200
13.1. Dos Requisitos para Desempenhar as Funções Essenciais na Licitação *200*
13.2. Do Agente de Contratação e da Comissão de Contratação *201*
13.3. Vedações *201*
13.4. Defesa dos Agentes Públicos que Tiverem Participado da Licitação *202*
14. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO *202*
15. DAS DISPOSIÇÕES SETORIAIS 203
15.1. Das Compras *203*
15.2. Das Obras e Serviços de Engenharia *205*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

15.3. Dos Serviços em Geral *209*
15.4. Da Locação de Imóveis *210*
15.5. Das Licitações Internacionais *210*
16. DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES 210
16.1. Do Credenciamento *211*
16.2. Da Pré-qualificação *211*
16.3. Procedimento de Manifestação de Interesse *212*
16.4. Do Sistema de Registro de Preços *213*
16.5. Registro Cadastral *215*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 217

1. CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS . 219
2. CARACTERÍSTICAS 219
2.1. Consensualidade *219*
2.2. Formalidade *219*
2.3. Bilateralidade *220*
2.4. Onerosidade *220*
2.5.e) Comutatividade *220*
2.6. Adesão *220*
2.7. Presença de Cláusulas Exorbitantes ou Desequilíbrio *220*
2.8. Mutabilidade *221*
2.9. Personalíssimo *221*
3. CONVOCAÇÃO DO LICITANTE VENCEDOR 221
4. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS 222
5. GARANTIAS 223
5.1. Percentual *224*
6. ALOCAÇÃO DE RISCOS 225
7. PRAZO 225
7.1. Regra *225*
7.2. Exceções *226*
8. CLÁUSULAS EXORBITANTES 228
8.1. Fiscalização do Contrato *228*
8.2. Aplicação de Sanções ao Contratado *230*
8.3. Ocupação Provisória de Bens Móveis e Imóveis e Utilização de Pessoal e Serviços *234*
8.4 Aplicação Diferida da Exceptio Non Adimpleti Contractus (Exceção do Contrato Não Cumprido) *234*
9. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 235
9.1. Elaboração de um procedimento prévio *235*
9.2. Convocação do interessado para assinar o contrato *235*
9.3. Contrato escrito *235*
9.4. Elaboração de um termo ou instrumento contratual *235*
9.5. Publicação do extrato do contrato *236*
10. ÁLEAS 236
10.1. Álea Ordinária *238*
10.2. Álea Extraordinária *238*
10.3. Dispensa de Termo Aditivo *242*
11. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 243
11.1. Extinção Unilateral *243*
11.2. Extinção Consensual *244*
11.3. Extinção Determinada por Decisão Arbitral ou Decisão Judicial *244*
12. DO RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO 244
13. DOS PAGAMENTOS 245

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

13.1. Ordem Cronológica de Pagamentos *245*
13.2. Controvérsia Sobre a Execução do Objeto *246*
13.3. Remuneração Variável *246*
13.4. Pagamento Antecipado *247*
14. DA NULIDADE DOS CONTRATOS 247
15. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS 248
15.1. Arbitragem *249*
15.2. Conciliação e Mediação *250*
15.3. Comitê de Resolução de Disputas *250*
16. DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES 251
16.1. Linhas de Defesa *251*
16.2. O Papel do Tribunal de Contas *252*
17. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS DA LEI N.º 14.133/21 253
17.1. Centrais de Compras *253*
17.2. Contagem dos Prazos *254*
17.3. Aplicação Subsidiária *254*

DAS LICITAÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE 255

1. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL 256
2. REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA 256
3. EMPATE PRESUMIDO OU FICTO 256
4. TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME E EPP 257
4.1. Medidas a Serem Adotadas *257*
4.2. Não Aplicabilidade do Tratamento Diferenciado *258*

DAS LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS 259

1. LICITAÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS 260
2. CONTRATAÇÃO DIRETA 260
2.1. Licitação Dispensada *260*
1.2. Licitação Dispensável *261*
1.3. Inexigibilidade *262*
2. SOBREPREÇO X SUPERFATURAMENTO 263
3. CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA 263
4. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO 263
4.1. Modelo Aberto e Fechado *264*
4.2. Tipos de Licitação *264*
5. CONTRATOS 265
5.1. Comentários Iniciais *265*
5.2. Garantias *265*
5.3. Prazo *265*
5.4. Convocação do Licitante Vencedor *265*
5.5. Obrigações do Contratado *266*
5.6. Subcontratação *266*
5.7. Alteração Contratual *266*
5.8. Sanções *268*

DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO 269

1. CONCESSÕES COMUNS 270
1.1. Licitação *271*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1.2. Contrato de Concessão *272*
1.3. Extinção da Concessão *275*
2. CONCESSÕES ESPECIAIS 279
2.1. Conceitos Importantes *279*
2.2. Vedações Legais *280*
2.3. Diretrizes Legais *280*
2.4. Garantias *281*
2.5. Sociedade de Propósito Específico *281*
2.6. Licitação *282*

AGENTES PÚBLICOS 285

1. CONCEITO 287
2. TEORIAS 287
2.1. Teoria do Mandato *287*
2.2. Teoria da Representação *287*
2.3. Teoria do Órgão *287*
3. CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS 287
3.1. Agente Político *288*
3.2. Servidores Públicos *290*
3.3. Militares *292*
3.4. Particulares em Colaboração com o Poder Público *292*
4. REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS 293
4.1. Regime Estatutário *294*
4.2. Regime Trabalhista *294*
4.3. Regime Especial *294*
5. REGIME JURÍDICO ÚNICO - RJU 295
6. ARTIGOS CONSTITUCIONAIS IMPORTANTES 296
6.1. Art. 37, I a VIII *296*
7. ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL 302
7.2. Cargo, Emprego e Função Pública *302*
7.3. Investidura: Nomeação, Posse e Exercício *303*
8. ESTABILIDADE 303
8.1. Conceito e Requisitos *303*
8.2. Estabilidade X Efetividade *304*
8.3. Perda do Cargo pelo Servidor Estável *304*
8.4. Estabilização *306*
8.5. Comentários Importantes *306*
9. MANDATO ELETIVO 306
10. APOSENTADORIA 307
10.1. Modalidades de Aposentadoria *308*
10.2. Previdência Complementar *310*
10.3. Contribuição dos Aposentados e Pensionistas *310*
10.4. Comentários Importantes *310*
10.5. Pensões *311*
11. REGIME REMUNERATÓRIO 311
11.1. Remuneração x Vencimentos x Subsídios x Salários *311*
11.2. Princípios do Regime Remuneratório *313*
11.3. Teto Remuneratório *314*
12. DO CONCURSO PÚBLICO E SUAS DIVERSAS POLÊMICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ 317
12.1. Do controle judicial sobre a correção de questões em Concurso Público *318*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.2. Do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas e o Cadastro de Reservas.....318
12.3. Do direito subjetivo à nomeação e o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade.....318
12.4. Posse em concurso público por medida judicial precária e "fato consumado".....321
12.5. Concurso público e segunda chamada em teste de aptidão física.....322
12.6. Concurso público: impossibilidade de participação de mulheres e isonomia.....322
12.7. Dever de intimar o candidato pessoalmente.....323
12.8. Alteração do edital de concurso no decorrer do certamente.....323
12.9. Da cláusula de reserva de barreira.....323
12.10. Direito Administrativo. Posse em cargo público por menor de idade......323
12.11. Presunção de inocência e eliminação de concurso público.....324
12.12. É inconstitucional a fixação de critério de desempate em concursos públicos que favoreça candidatos que pertencem ao serviço público de um determinado ente federativo.....325
13. OUTRAS JURISPRUDÊNCIAS SOBRE AGENTES PÚBLICOS.....325
13.1 Proibição de tatuagem a candidato de concurso público é inconstitucional – RE 898.450/2016.....325
13.2. A acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde,.....326
13.3. Da Indenização por danos materiais em decorrência de nomeação tardia para cargo público em razão de decisão judicial.....326
13.4 O espólio não possui legitimidade passiva ad causam na ação de ressarcimento de remuneração indevidamente paga após a morte de ex-servidor e recebida por seus herdeiros......326
13.5. Restituição ao erário dos valores indevidamente recebidos por servidor público.....327
13.6. Informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público.....327
13.7. Teoria do Fato Consumado e remoção de servidor.....327
13.8. Instauração de PAD de servidor cedido.....328
14. DIREITOS TRABALHISTAS EXTENSÍVEIS AOS SERVIDORES PÚBLICOS.....329

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE.....331

1. INTRODUÇÃO.....332
2. ESPÉCIES.....332
2.1 Limitações Administrativas.....332
2.2 Requisição administrativa.....332
2.3 Servidão Administrativa.....333
2.4 Ocupação temporária.....333
2.5 Tombamento.....334

DESAPROPRIAÇÃO.....336

1. CONCEITO.....337
2. NATUREZA JURÍDICA.....337
3. MODALIDADES.....337
3.1. Desapropriação por Necessidade Pública.....337
3.2. Desapropriação por Utilidade Pública.....338
3.3. Desapropriação por Interesse Social.....338
4. FASES DA DESAPROPRIAÇÃO.....342
4.1. Fase Declaratória.....342
4.2. Fase Executória.....344
5. DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS.....346
6. BENS INSUSCETÍVEIS DE DESAPROPRIAÇÃO.....346
6.1. Coisas Fora do Comércio.....346
6.2. Moeda Corrente.....346
6.3. Cadáver.....346
6.4. Bens da União.....346

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.5. São Insuscetíveis de Desapropriação para fins de Reforma Agrária *347*
7. DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA – ART. 4º DO DL 3.365/41 347
8. DIREITO DE EXTENSÃO 347
9. DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO 347
10. RETROCESSÃO 348
10.1. Natureza Jurídica *348*
10.2. Prazo Prescricional *349*
11. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA 349
11.1. Legitimidade para Ação *350*
11.2. Foro *350*
11.3. Prescrição *350*
11.4. Acréscimos Indenizatórios *350*
12. INDENIZAÇÃO 351
12.1. Parcela do Bem e das Benfeitorias *352*
12.2. Parcela dos Lucros Cessantes *353*
12.3. Juros Compensatórios *353*
12.4. Juros Moratórios *354*
12.5. Correção Monetária *355*
12.6. Honorários Advocatícios *355*
12.7. Art. 25, parágrafo único do DL 3.365/41 ..... *355*
12.8. Art. 27 do DL 3.365/41 ..... *355*

BENS PÚBLICOS 357

1. CONCEITO 358
2. DOMÍNIO EMINENTE E DOMÍNIO PATRIMONIAL PÚBLICO 358
3. CLASSIFICAÇÃO 358
3.1. Quanto à Titularidade *358*
3.2. Quanto à Destinação *359*
4. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO 360
5. REGIME JURÍDICO – CARACTERÍSTICAS 361
5.1. Impenhorabilidade *362*
5.2. Imprescritibilidade *362*
5.3. Não-Onerosidade *362*
5.4. Alienabilidade Condicionada *362*
6. USO PRIVATIVO DE BEM PÚBLICO 363
6.1. Autorização de Uso *363*
6.2. Permissão de Uso *363*
6.3. Concessão de Uso *364*
6.4. Cessão de Uso *364*
6.5. Concessão de Direito Real de Uso ou Domínio Pleno *364*
7. OCUPAÇÃO INDEVIDA DE BENS PÚBLICOS 364
8. AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS 365
8.1. Contratos *365*
8.2. Usucapião *365*
8.3. Desapropriação *366*
8.4. Aquisição Causa Mortis *366*
8.5. Arrematação *366*
9. BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE 366
9.1. Terras Devolutas *366*
9.2. Terrenos de Marinha *366*

SERVIÇO PÚBLICO 367

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO 369
1.1. Serviço Público e CDC 369
2. CARACTERÍSTICAS 370
2.1. Sujeito Estatal: elemento subjetivo ou orgânico 370
2.2. Interesse Coletivo: elemento material 370
2.3. Regime Jurídico: elemento formal 370
3. CLASSIFICAÇÃO 370
3.1. Serviços Delegáveis e Indelegáveis 370
3.2. Serviços Administrativos e de Utilidade Pública 371
3.3. Serviços Coletivos e Singulares 371
3.4. Serviços Próprios e Impróprios 372
4. PRINCÍPIOS 373
4.1. Princípios da Generalidade 373
4.2. Princípio da Continuidade 373
4.3. Princípio da Eficiência 376
4.4. Princípio da Atualidade 376
4.5. Princípio da Modicidade 376
4.6. Princípio da Mutabilidade 377
4.7. Princípio da cortesia 377
4.8. Princípio da transparência 377
5. REMUNERAÇÃO 377
6. CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS 378
6.1. Concessões Comuns – Lei nº 8.987/95 379
6.2. Responsabilidade das Concessionárias 380
6.3. Subcontratação 380
6.4. Subconcessão 381
6.5. Transferência da Concessão 381
6.6. Prazo das Concessões 382
6.7. Intervenção 382
6.8. Extinção da Concessão 383
6.9. Reversão 385
6.10. Concessões Anteriores 386
6.11. Licitação no serviço público 386
6.12. Dos encargos do Poder Concedente e da Concessionária 387
7. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 388
7.1. Conceito 388
7.2. Natureza Jurídica 388
7.3. Diferenças entre a Concessão e a Permissão 389
7.4. Aplicação das Regras de Concessão 389
8. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 389
8.1. Autorização de Uso 390
8.2. Permissão de Uso 390
8.3. Concessão de Uso 390
9. CONCESSÕES ESPECIAIS 391
9.1. Conceitos Importantes 391
9.2. Vedações Legais 393
9.3. Diretrizes Legais 394
9.4. Garantias 396
9.5. Sociedade de Propósito Específico 396
10. SERVIÇO PÚBLICO E O CDC 396
11. JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS IMPORTANTES 397

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 398

1. CONCEITO 399
2. CLASSIFICAÇÃO 399
2.1. Quanto à Natureza do Controlador 399
2.2. Quanto à Extensão do Controle 399
2.3. Quanto à Natureza do Controle 400
2.4. Quanto à Oportunidade 400
3. CONTROLE ADMINISTRATIVO 400
3.1. Recursos Administrativos 401
4. CONTROLE LEGISLATIVO 403
4.1. Espécies de Controle Legislativo 403
5. CONTROLE JUDICIAL 406
5.1. Sistemas de Controle 406
5.2. Natureza 407
5.3. Instrumentos de Controle 407

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 413

1. COMENTÁRIOS INICIAIS 414
2. COMPETÊNCIA 418
3. SUJEITO PASSIVO 418
4. SUJEITO ATIVO 419
5. COMENTÁRIOS RELEVANTES 419
6. AGENTES POLÍTICOS 421
7. RESPONSABILIDADE SUCESSÓRIA 421
8. TIPOLOGIA DE IMPROBIDADE 421
8.1. Enriquecimento Ilícito 422
8.2. Dano ao Erário 424
8.3. Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário 426
8.4. Violação a Princípios 426
8.5. Quadro comparativo entre os tipos de improbidade 428
9. SANÇÕES 428
9.1. Comentários Importantes 429
10. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ORDEM URBANÍSTICA 432
11. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL 433
11.1. Procedimento Administrativo 433
11.2. Procedimento Judicial 433
11.3. Acordo de não persecução civil 436
12. PRESCRIÇÃO 438
13. DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS – ART. 16 440
13.1. Características da cautelar de indisponibilidade de bens 441
13.2. Sequestro e Arresto 442
14. COMENTÁRIOS FINAIS 442
15. JURISPRUDÊNCIA IMPORTANTE 442

PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 446

1. COMENTÁRIOS INICIAIS 447
2. CRITÉRIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO 448
3. DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS 448
4. DOS DEVERES DO ADMINISTRADO 448
5. DO INÍCIO DO PROCESSO 449

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6. DOS INTERESSADOS 449
7. DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO 449
8. DA FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS DO PROCESSO 450
9. DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS 450
10. DO DEVER DE DECIDIR 450
11. DA DECISÃO COORDENADA 450
12. DA MOTIVAÇÃO 451
13. DA DESISTÊNCIA E OUTROS CASOS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO 452
14. DO RECURSO ADMINISTRATIVO E DA REVISÃO 452
15. DOS PRAZOS 453
16. COMENTÁRIOS FINAIS 453

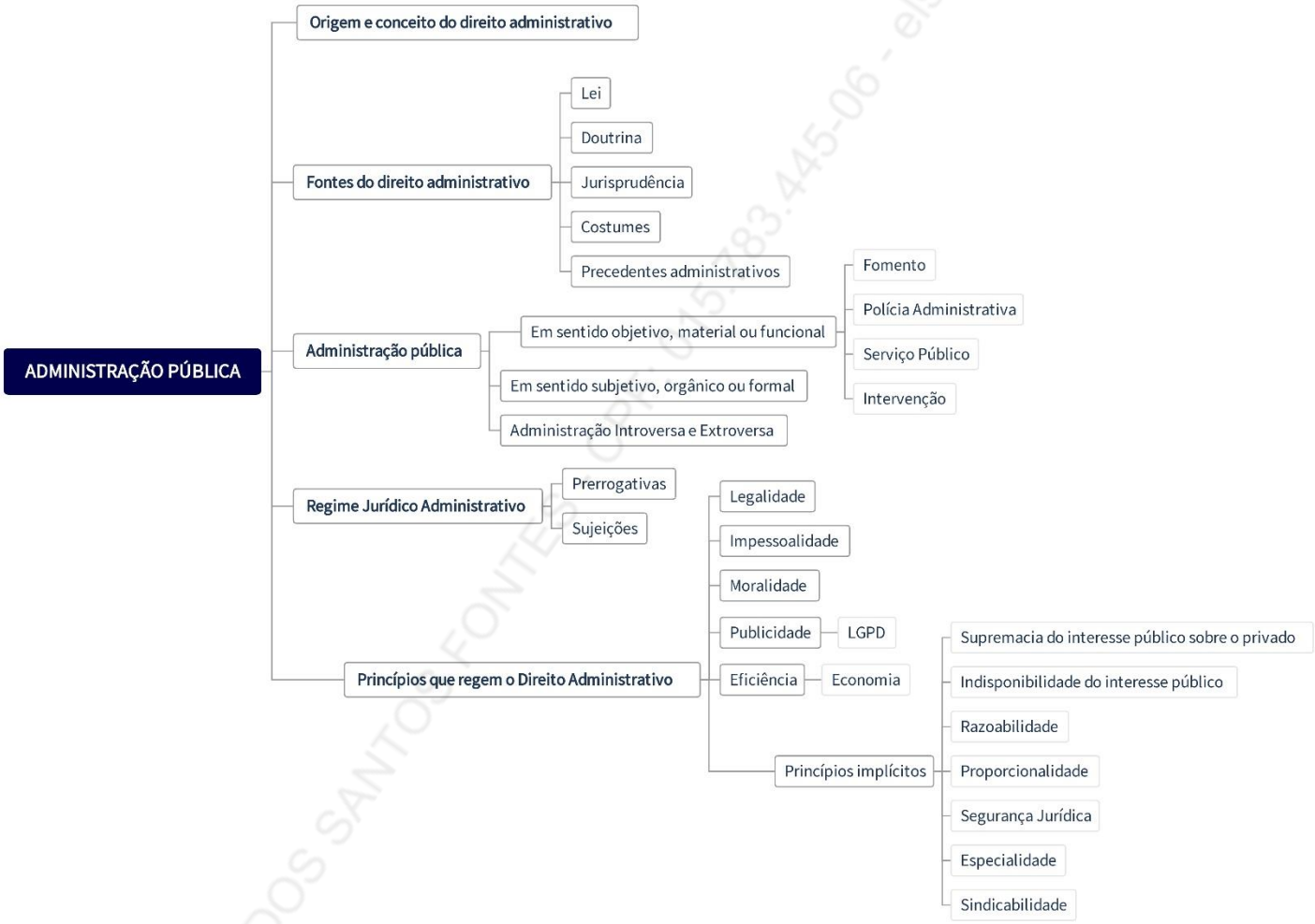
LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI Nº 12.846/2013 454

1. RESPONSABILIZAÇÃO 455
2. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SOCIEDADES SIMPLES 455
3. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS DIRIGENTES: 455
4. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS – QUESTÃO SOCIETÁRIA: 455
5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA 455
6. ART. 5º 455
7. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS 456
8. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO 457
9. ACORDO DE LENIÊNCIA 458
10. RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL 459
11. DISPOSIÇÕES FINAIS 460

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. ORIGEM E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A origem do Direito Administrativo vincula-se com a consagração dos ideais liberais da Revolução Francesa de 1789 e o surgimento do Estado de Direito. A partir dos ideais liberais, como a separação de poderes, princípio da legalidade e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o poder estatal foi limitado e o Direito Administrativo foi concebido como ramo especial do Direito, ao lado do Direito Privado, regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas.

Conforme dispõe o professor Rafael Oliveira[1] , as limitações ao poder estatal e a proteção dos cidadãos podem ser justificadas por três conquistas revolucionárias:

- **Princípio da Legalidade:** submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo Regime, substituindo-se o governo dos homens pelo governo das leis;
- **Princípio da Separação de Poderes:** mecanismo de limitação do exercício do poder estatal, uma vez que evitava a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão, permitindo o controle de um poder sobre o outro;
- **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:** consagra direitos fundamentais que são oponíveis ao Estado.

O nascimento do Direito Administrativo remonta ao famoso caso Blanco. Datado de 1873, o caso refere-se a uma criança de cinco anos, Agnès Blanco, que foi atropelada por uma vagonete pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo.

O Tribunal de Conflitos (órgão competente para julgar os conflitos entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação), ao apreciar uma espécie de conflito negativo de competência entre esses órgãos, responsáveis, cada um, pela jurisdição administrativa e pela jurisdição comum, entendeu pela competência do Conselho de Estado para o julgamento da causa, uma vez que a presença do serviço público no caso e a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares.

Por sua vez, no aspecto normativo, a Lei do 28 pluviose do ano VIII de 1800 é apontada como a "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, disciplinando sobre normas de organização administrativa e de solução de litígios contra a Administração Pública.

Sinteticamente, conforme dispõe o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo "é o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem".

Ademais, o conceito de Direito Administrativo pode variar de acordo com a definição do critério a ser adotado.

- **Escola do Serviço Público:** capitaneado por Leon Duguit, esse conceito surgiu na França a partir do caso Blanco, passando a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos. Contudo, esse critério não é bem-visto na Doutrina atualmente, posto que é incompleto.
- **Critério do Poder Executivo:** alguns doutrinadores adotaram o critério do Poder Executivo. O Direito Administrativo seria, basicamente, o estudo do Poder Executivo. Contudo, esse

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 7. Ed. São Paulo: Método, 2019. P. 52.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

critério se demonstra insuficiente, haja vista que o Poder Judiciário e o Poder Executivo também realizam atividades administrativas, bem como particulares que atuam por meio de delegação estatal.

- **Critério das Relações Jurídicas:** há quem considere o Direito Administrativo como o conjunto de normas que regem as relações entre a Administração e os administrados. Esse critério é insuficiente, uma vez que reduz o objeto do Direito Administrativo que abrange ainda a organização interna da Administração Pública, a atividade que ela exercer e os bens de que se utiliza.

- **Critério Teleológico:** o Direito Administrativo seria o sistema dos princípios jurídicos que regula a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins de utilidade pública.

- **Critério Negativo ou Residual:** o Direito Administrativo tem por objeto as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas a legislação e a jurisdição. Esse critério relaciona-se com o critério teleológico. O Direito Administrativo teria um sentido POSITIVO (representa os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a realização dos seus objetivos) e um sentido NEGATIVO (representa uma forma de definição de seus objetos, o que se faz por exclusão).

- **Critério da Administração Pública:** o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem a Administração Pública. O Direito Administrativo seria o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. A expressão Administração Pública compreende dois sentidos, quais sejam: Administração Pública em sentido subjetivo e em sentido objetivo, conforme será visto à frente.

- **Escola Exegética ou Corrente Legalista:** por essa corrente, o Direito Administrativo se limitaria a compilar atos normativos existentes na ordem jurídica. Essa corrente sofreu críticas por reduzir o papel da jurisprudência e da doutrina na interpretação e aplicação das leis e atos normativos e administrativos.

- **Escola da *puissance publique*:** essa vertente, cujo idealizador é Maurice Hauriou, se preocupa em diferenciar os atos de império dos atos de gestão. Atos de Império seriam aqueles impostos unilateralmente ao particular, independentemente de sua concordância ou autorização judicial, ao passo que os atos de gestão seriam aqueles praticados em situação de igualdade com os particulares. A escola da puissance publique entende que o Direito Administrativo estudaria apenas os atos de império.

Observação: Nenhum dos critérios acima elencados pode ser considerado completo ou definitivo, sendo que em todos é possível se verificar fragilidades na conceituação, o que demonstra a dificuldade no conceito adequado do Direito Administrativo, sendo, entretanto, de extrema relevância conhecer os critérios e os seus principais percursores acima indicados.

2. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1. Lei

A lei consiste em uma fonte formal do Direito. Em se tratando de Direito Administrativo, a lei deve ser interpretada em sentido amplo, de modo a abarcar não só a lei em sentido estrito, mas as normas constitucionais, os regulamentos administrativos e os tratados internacionais.

Trata-se, portanto, da consagração da ideia de juridicidade, de modo que o administrador público deve obediência à lei e ao Direito. Trataremos de modo mais profundo sobre o assunto, no bloco de legalidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2.2. Doutrina

A doutrina consiste em uma fonte indireta ou mediata e material do Direito. Tratam-se de opiniões dos estudiosos sobre os institutos e as normas do Direito.

2.3. Jurisprudência

A jurisprudência consiste em uma fonte formal e indireta do Direito. Tratam-se de reiteradas decisões de tribunais sobre determinado assunto ou tema.

2.4. Costumes

Por sua vez, os costumes consistem em fontes materiais e imediatas do Direito. Consistem em um comportamento reiterado de um povo em um determinado tempo e local.

O costume pode ser secundum legem, praeter legem e contra legem. O primeiro é aquele costume admitido ou previsto em lei. O segundo, por sua vez, é aquele que preenche lacunas normativas, nos termos do art. 4º, da LINDB. Por fim, o terceiro é aquele que se opõe à lei, sendo, portanto, vedado.

2.5. Precedentes administrativos

Os precedentes administrativos consistem em normas jurídicas retiradas de decisões administrativas anteriores, válidas e de acordo com o interesse público, que devem ser observadas em casos futuros e semelhantes.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Administração Pública em sentido Objetivo, Material ou Funcional

Fomento, Polícia Administrativa, Serviço Público e Intervenção

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Administração Pública, em sentido objetivo, "abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas".

Observa-se, portanto, que, nesse sentido, a expressão "Administração Pública" designa a própria atividade exercida pelos agentes, órgãos e pessoas, isto é, a própria função administrativa.

- **Fomento:** a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada. Pode-se dar como, por exemplo, os auxílios financeiros ou subvenções; financiamentos públicos e estímulos fiscais.
- **Polícia Administrativa:** é a atividade que consiste em restrições (limitações) impostas por Lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse público.
- **Serviço Público:** a atividade exercida pela Administração Pública, direta ou indiretamente, para satisfazer às necessidades coletivas.
- **Intervenção:** por fim, a intervenção é a regulação e fiscalização da atividade econômica, assim como a atuação direta do Estado no domínio econômico.

> **Súmula Nº 19 do STJ** - A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.
> **Súmula Vinculante Nº 38 do STF** - É competente o município para fixar o horário de

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

funcionamento de estabelecimento comercial.
Súmula Vinculante Nº 49 do STF - Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

3.2. Administração Pública em sentido Subjetivo, Orgânico ou Formal

Nesse sentido, a Administração Pública refere-se aos sujeitos que exercem as atividades administrativas. Compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos.

3.3. Administração Introversa e Extroversa

A Administração Introversa cuida da relação entre os entes da Administração Pública, enquanto a Administração Pública Extroversa trata entre o ente público e os administrados.

4. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A expressão Regime Jurídico Administrativo é uma expressão utilizada para abranger o conjunto de traços que desenham o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública em uma posição privilegiada, vertical, na relação jurídica[2].

Contudo, observa-se que à Administração Pública pode ser aplicado o regime jurídico de direito privado, notadamente, quando se fala das Empresas Estatais.

Basicamente, o regime jurídico administrativo pode ser resumido em duas palavras: prerrogativas e sujeições.

4.1. Prerrogativas

São vantagens lícitas conferidas à Administração Pública, em razão da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado.

Em eventual conflito entre o interesse público e o interesse privado, irá prevalecer o interesse público. As prerrogativas conferidas à Administração Pública decorrem do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado.

Haverá momentos em que o interesse coletivo (da sociedade) irá se chocar com o interesse individual (do particular). Dessarte, como solucionar tal problema? Soluciona-se por meio do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado. Assim, para que o interesse (público) sobressaia diante o interesse (privado), faz-se necessário conceder à Administração Pública dadas prerrogativas, alguns poderes que os particulares não têm.

Exemplo: o trânsito da cidade é caótico. Para melhorar o tráfego, é necessário ampliar as vias. Para isso, faz-se necessária a desapropriação das propriedades privadas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 61.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4.2. Sujeições

São restrições impostas à Administração Pública, em razão da Indisponibilidade do Interesse Público. O interesse público não pertence ao administrador público, na verdade, pertence à sociedade. Dessa forma, o administrador público não pode dispor de algo que não é dele. Em razão dessa situação são impostas à Administração Pública algumas sujeições.

Exemplo: a Administração Pública quer contratar pessoal. O administrador público não pode contratar quem ele quiser, deve-se realizar concurso público.

5. PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios consistem no conjunto de proposições que embasam um sistema e que garantem a validade. São os pilares de um sistema.

> **Princípios Expressos:** Art. 37, "caput" da CF/88:
> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

5.1. Princípio da Legalidade

Por esse princípio, há garantias de respeito aos direitos individuais, afinal, a lei define e estabelece os limites da atuação do Estado. O Poder Público, ao restringir os direitos individuais, deve observar os limites impostos pela Lei, em seu sentido amplo, abarcando todas as modalidades legislativas, isto é, da própria Constituição da República até os demais atos normativos.

O princípio da Legalidade traduz a máxima: "a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite". Em outras palavras, esse princípio é "diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita[3] . Trata-se da ideia de que a validade da atuação do administrador público está condicionada à prévia autorização legislativa.

O Administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que cingir ao que a lei impõe. Essa limitação do administrador é que, em última instância, protege os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos. Observa-se que a Administração Pública não tem autonomia de vontade, haja vista que a "atividade administrativa consiste na gestão de coisa alheia, uma vez que, em última análise, a titularidade da coisa pública é do povo, e não dos órgãos, entidades e agentes administrativos.[4]"

Contudo, é necessário entender que o Princípio da Legalidade não afasta a discricionariedade do Estado. "Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e

[3] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

[4] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ªed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P.215.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal.[5]"

Nesse sentido, designa-se que a atuação da Administração pode estar prevista de maneira expressa ou implícita em lei.

O princípio da legalidade é também considerado um produto do Liberalismo, uma vez que esse movimento pregava a superioridade do Poder Legislativo.

Pode-se dividir a Legalidade Administrativa em **supremacia da lei e reserva de lei**.

A primeira refere-se ao fato de a lei prevalecer e ter preferência sobre os atos da Administração; trata-se de uma vinculação negativa, segundo a qual a lei representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, o Estado poderia atuar com maior liberdade para atender ao interesse público. **Não é a que prevalece no brasil**. Por sua vez, a reserva de lei significaria o tratamento de certas matérias, sendo formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo. Trata-se, assim, da vinculação positiva, que condiciona a validade da atuação dos agentes públicos à prévia autorização legal. **É a que prevalece no Brasil.**

O princípio da Legalidade, ainda, pode ser visto sob a ótica do Particular. Nessa visão, o princípio estudado deve ser entendido como uma permissão ao particular a fazer tudo o que a Lei não proíbe, conforme o art. 5º, II da CR/88, afinal, a regra, para os particulares, é a autonomia da vontade.

Atualmente, o Princípio da Legalidade tem uma nova roupagem. Há uma evolução desse princípio. Muitos doutrinadores (autores) do Direito Administrativo chamam o Princípio da Legalidade de **Princípio da Juridicidade.** Em outras palavras, a Administração Pública deve seguir a Lei e o Direito, como, por exemplo, os princípios constitucionais, nos termos do art. 2º da Lei 9.784/99. Essa transformação decorre do fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que o administrador público deve obediência direta à Constituição e aos princípios jurídicos.

Por fim, a atuação da Administração Pública é cingida ao princípio da legalidade estrita, devendo obediência aos preceitos legais, sendo defeso proceder com interpretação extensiva ou restritiva, onde a lei assim não o determinar.

ATENÇÃO

Súmula 636 - Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

5.2. Princípio da Impessoalidade

Por esse princípio, a Administração Pública deve atuar de forma objetiva, impessoal, sem discriminação infundada, sem privilegiar ninguém sem fundamento legal.

Exigir **impessoalidade** da Administração Pública tem dois sentidos. O primeiro desses sentidos está relacionado aos administrados, ou seja, a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar

[5] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p.31.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

pessoas determinadas que estejam em situação jurídica idêntica, portanto, relaciona-se à ideia de **Princípio da Isonomia.**

A noção de igualdade não se encerra em sua dimensão meramente formal, de igualdade perante a lei. Ela contempla ainda um caráter material, pelo qual se busca concretizar a justiça social e os outros objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF/88). É com base nesse viés material que a lei eventualmente estabelece distinções, a fim de compensar os indivíduos que se encontram em situação desprivilegiada para elevá-los ao patamar dos demais.

No caso em apreço, o critério utilizado pela norma para a isenção da taxa de inscrição nos concursos públicos estaduais foi a existência da qualidade de servidor público, sendo essa, inclusive, a única categoria para a qual a lei confere a isenção. O tratamento díspar estabelecido entre servidores públicos e não servidores públicos não tem a finalidade de franquear o acesso à via concursal àqueles que estão em situação de hipossuficiência econômica, ou, ainda, aos que encontram menos oportunidades no mercado de trabalho.

> (...) Ao conceder a isenção a uma categoria que teria condições de arcar com os custos da inscrição no certame, o Estado amplia a desvantagem daqueles que, por insuficiência de recursos, não conseguem pagar tal quantia – e, portanto, nem sequer têm a chance de concorrer a um cargo na administração estadual –, restringindo, consequentemente, o acesso à via do concurso público. A porta de entrada para o concurso público deve ser igualmente acessível a todos os cidadãos, sendo válidas as medidas que fomentem essa igualdade de acesso, mas não as que ampliem a desigualdade entre os possíveis candidatos. A categoria beneficiada pela norma ora impugnada não vê sua participação em concursos públicos obstada pela exigência do pagamento da taxa de inscrição. Consequentemente, a medida ora analisada não tem a finalidade de promover a igualdade substancial, ou seja, não está voltada à mitigação de uma discriminação ou de uma desigualdade constatada na sociedade[6] .

O segundo sentido está relacionado aos atos praticados pelos agentes públicos. Deve-se entender que os atos praticados por estes são, na verdade, imputados não ao agente público, mas à Administração Pública. Trata-se da consagração da teoria do órgão, aplicada no Direito brasileiro. Nesse sentido, consagra-se a teoria da dupla garantia na temática responsabilidade civil do Estado, nos termos da jurisprudência do STF.

Na verdade, pode-se dizer que o Princípio da Impessoalidade traduz a ideia de que a Administração Pública deve buscar o interesse público, não podendo ser alcançado o interesse privado, portanto, relaciona-se à ideia do Princípio da Finalidade. Em outras palavras, a Constituição Federal não se referiu expressamente ao Princípio da Finalidade, mas o admitiu sob a denominação de Princípio da Impessoalidade.

Importante:

> **Art. 37, § 1º**- A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.918, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 16/5/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe de 9-6-2022.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Esse dispositivo constitucional consagra o Princípio da Impessoalidade. Muitas questões afirmam que consagra o Princípio da Publicidade. Trata-se da ideia de vedação da promoção pessoal.

ATENÇÃO

Assevera-se que o desrespeito ao art. 37, §1º, da CR/88 consiste em ato de improbidade administrativa, caraterizador de violação a princípios, conforme dispõe o art. 11, XII, da Lei nº 8.429/92.

OBS.: em decorrência dos princípios da impessoalidade, reconhecem-se como válidos os atos praticados por agente de fato, ainda que este tivesse ciência da ilicitude de seus atos.

5.3. Princípio da Moralidade

Por esse Princípio, a Administração Pública deve atuar de forma proba, com ética e boa-fé. O Princípio da Moralidade deve ser observado "não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram"[7] Dessa forma, "o princípio da moralidade complementa ou torna mais efetivo, materialmente, o princípio da legalidade"[8].

O Princípio da Moralidade acarreta o Dever de Probidade para os agentes públicos. Contudo, observa-se que a moralidade administrativa independe da concepção pessoal, subjetiva de moral do agente público; em outras palavras, não tem relevância jurídica as convicções e pensamentos íntimos do agente sobre a atuação administrativa que deva ser considerada moral. Assim, infere-se que o Princípio da Moralidade exige uma noção objetiva de moral, ou seja, a moral é extraída das normas do direito.

A violação ao Princípio da Moralidade é considerada ato de improbidade administrativa, prevista no Art. 37, § 4º e regulada pela Lei nº 8.429/92. Observa-se que a moral administrativa é diferente da moral comum, haja vista aquela ser jurídica e, por conseguinte, viabilizar a invalidação dos atos administrativos contrários a ela.

OBS.: art. 11, XI, da Lei nº 8.429/92 e Súmula Vinculante 13 do STF. Ambos trazem o conceito de nepotismo.

De acordo com o art. 11, XI, que configura ato de improbidade administrativa violador de princípios administrativos, configuraria improbidade:

> **Art. 11, XI**. nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Por sua vez, a Súmula vinculante n.º 13 do STF estabelece nepotismo como:

> **Súmula 13.** A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou

[7] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 23.

[8] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ªed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P.219.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> por afinidade, até o **terceiro grau**, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de **cargo em comissão ou de confiança** ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **compreendido o ajuste mediante designações recíprocas**, viola a Constituição Federal.

Chama-se atenção para o art. 11, §5º, da Lei nº 8.429/92, segundo o qual:

> **Art.11, §5º.** Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.

A disposição legal vai ao encontro da jurisprudência do STF. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação da Súmula Vinculante 13 a cargos públicos de natureza política, **ressalvados os casos de inequívoca falta de razoabilidade, por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral [9].**

Outros dois pontos relevantes da jurisprudência do STF referem-se ao fato de: 1) Leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo[10] ; 2) A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal[11] .

Tanto o dispositivo legal, quanto a Súmula Vinculante n.º 13 do STF vedam o nepotismo direto, assim como o nepotismo transverso (cruzado), ou seja, aquele resultante de ajuste mediante designações recíprocas. De acordo com o STF, a vedação ao nepotismo vem direto do texto constitucional, razão pela qual não se faz necessária a edição de lei para regulamentar a matéria. Ainda, caso haja uma lei, ela não é de iniciativa exclusiva do chefe do poder executivo.[12]

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, essa súmula não se aplica aos cargos de nomeação política, como Secretários Municipais e Estudais, além de Ministros de Estado, em virtude desses cargos possuírem natureza eminentemente política[13]. O STF ainda entende que:

> Conflita com a Carta da República a permanência de ocupante de cargo comissionado nomeado em momento anterior à publicação da norma que implicou vedação ao nepotismo, ausente direito adquirido (...). Surge constitucional a nomeação ou designação de parente ocupante de cargo de provimento efetivo para exercer função gratificada, vedada a atuação junto à autoridade determinante da incompatibilidade .[14]

---

[9] STF - Rcl 28.024 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 29-5-2018, DJE 125 de 25-6-2018

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Tese definida no RE 570.392, rel. min. Carmen Lúcia, P, j. 11-12-2014, DJE 32 de 19-2-2015, Tema 29.]

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [Tese definida no RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008, Tema 66.]

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [RE 570.392, rel. min. Carmen Lúcia, j. 11-12-2014, P, DJE de 19-2-2015, Tema 29.]

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação 6650-MC-Agr/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. (Informativo nº524, out. 2008).

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.680, rel. min. Marco Aurélio, j. 18-8-2020, P, DJE de 6-10-2020.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Contudo, o próprio STF entende que incide o conteúdo da Súmula para nomeação de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas.[15]

Ademais, faz-se necessário destacar precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não haverá nepotismo se a pessoa nomeada possui um parente no órgão, mas sem influência hierárquica sobre a nomeação. Por outro lado, no mesmo julgado, o STF salientou que é "imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, **salvo** ajuste mediante designações recíprocas"[16].

Lembrando que, no ajuste mediante designações recíprocas, ou nepotismo cruzado, há uma "troca de favores", de modo que, explificativamente, o chefe do órgão X, "João", pede que o chefe do órgão Y, "José", nomeie seu filho para cargo em comissão naquele órgão (Y), enquanto, em troca, João nomeia o filho de José para cargo em comissão no órgão X. Nesses casos, não haveria uma subordinação efetiva entre parentes, mas, de toda forma, por configurar verdadeira fraude, também é vedada tal prática na Súmula Vinculante nº 13.

Por fim, de acordo com o STJ, ainda que ocorrido antes da edição da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, o fato constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública.[17]

5.4. Princípio da Publicidade

Por ele, exige-se da Administração Pública ampla divulgação dos seus atos praticados, de maneira que objetiva o princípio a possibilidade de controlar a legalidade da conduta dos agentes públicos. Outrossim, é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

O Princípio da Publicidade traduz transparência na atividade administrativa, uma vez que viabiliza o controle e a fiscalização dos atos praticados pela Administração.

Designa-se que Publicidade é diferente de Publicação. Esta é apenas uma das formas de um ato ser público. A publicidade pode acontecer de diversas maneiras, como a realização de uma licitação de portas abertas.

É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. Esse é o entendimento do Plenário ao dar provimento ao recurso extraordinário em que fora discutida a possibilidade de se indenizar, por danos morais, servidora pública que tivera seu nome publicado em sítio eletrônico do município, em que teriam sido divulgadas informações sobre a remuneração paga aos servidores públicos.

A Corte destacou que o âmbito de proteção da privacidade do cidadão ficaria mitigado quando se tratasse de agente público. O servidor público não poderia pretender usufruir da mesma privacidade que o

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 6702-AgR-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18564/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.8.2015. (Rcl-18564) INFORMATIVO 796.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1447561/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/09/2016, AgRg no REsp 1362789/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/05/2015.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

cidadão comum. Esse princípio básico da Administração — publicidade — visaria à eficiência. Precedente citado: SS 3902/SP (DJe de 3.10.2011).[18]

> **Enunciado 15 do CJF:** A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação.

Quando o TCU emite uma certidão, ele evidencia o cumprimento do princípio constitucional da publicidade.

O Princípio da Publicidade não é absoluto. Há hipóteses em que vigorará o sigilo:

> **Art. 5º XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
> **Art. 5º XXXIII -** todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo **sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;**
> **Art. 5º LX -** a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a **defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;**

De acordo com o STF[19] , os processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público devem obedecer ao princípio da publicidade durante toda a sua tramitação, ressalvados eventuais atos que se enquadrem nas hipóteses de sigilo previstas em lei e na Constituição.

5.4.1. Princípio da Publicidade e a LGPD (Lei nº 13.709/18)

O tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que cumpridas duas exigências (art. 23 da LGPD):

> **I** - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;
> (...)
> **III -** seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei;

Ademais, há a possibilidade do compartilhamento interno de dados, ou seja, no âmbito da própria Administração Pública, com o objetivo de viabilizar a execução de políticas públicas, a prestação de serviços públicos, a descentralização da atividade pública e a disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral (art. 25 da LGPD).

Em relação ao compartilhamento externo de dados, é vedado ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto (art. 26, § 1.º, da LGPD):

[18] STF - ARE 652777/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 23.4.2015. (ARE-652777)

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [ADI 5.371, rel. min. Roberto Barroso, j. 2-3-2022, P, DJE de 31-3-2022.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **I -** em casos de execução descentralizada de atividade pública que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observado o disposto na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) ;
> **II** - (VETADO)
> **III** - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.
> **IV -** quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres;
> **V** - na hipótese de a transferência dos dados objetivar exclusivamente a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.

A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado será informada à autoridade nacional e dependerá de consentimento do titular, exceto (art. 27 da LGPD):

> **I** - nas hipóteses de dispensa de consentimento previstas nesta Lei;
> **II -** nos casos de uso compartilhado de dados, em que será dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei; ou
> **III -** nas exceções constantes do § 1º do art. 26 desta Lei.

5.5. Princípio da Eficiência

De acordo com Hely Lopes Meirelles, eficiência seria "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional". Em outras palavras, pode-se afirmar que o Princípio da Eficiência exige resultados positivos para o serviço público. O princípio da Eficiência tem por objetivo substituir a administração burocrática pela administração gerencial. A busca por resultados positivos deve ser pautada por meio de um processo político-participativo, por meio do qual é possibilitada a participação da sociedade na tomada de decisões da administração pública.

A Eficiência tornou-se um princípio expresso a partir da EC nº 19/98, contudo, a atuação da Administração sempre foi pautada pela eficiência.

5.5.1. Eficiência e Economia

As normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Todavia, a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, a Administração tem o dever de considerar outros aspectos, como a:

- Qualidade do serviço ou do bem,
- Durabilidade,
- Confiabilidade,
- Universalização do serviço para o maior número possível de pessoas.

A medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados.

OBS.: Acerca do princípio da eficiência, há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que merece nota. Trata-se do REsp 1.888.049-CE. Segundo o STJ, o candidato aprovado em concurso público pode assumir cargo que, segundo o edital, exige título de Ensino Médio profissionalizante ou completo com curso

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

técnico em área específica, caso não seja portador desse título, mas detenha diploma de nível superior na mesma área profissional. A questão que se coloca apresenta uma nota distintiva, qual seja, saber se atende à exigência do edital o candidato que porta um diploma de nível superior na mesma área profissional do título de Ensino Médio profissionalizante ou completo com curso técnico indicado como requisito no certame.

Sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão - nos termos do art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, não se pode deixar de registrar que a aceitação de titulação superior à exigida traz efeitos benéficos para o serviço público e, consequentemente, para a sociedade brasileira. Destaca-se os seguintes benefícios:

- o leque de candidatos postulantes ao cargo é ampliado, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame;
- a própria prestação do serviço público é aperfeiçoada com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública.
- Trata-se, portanto, de consagração do Princípio da Eficiência.

5.6. Princípios Implícitos

Antes de analisar os princípios implícitos, observe a questão abaixo:

QUESTÃO DE CONCURSO

(TRF - 3ª REGIÃO - 2018 - Juiz Federal Substituto) São princípios constitucionais implícitos ou reconhecidos da Administração Pública, porquanto consectários lógicos dos preceitos da Lei Maior:

A) Impessoalidade e eficiência.

B) Razoabilidade e legalidade.

C) Segurança jurídica e moralidade.

D) Prevalência do interesse público e proporcionalidade.

A única alternativa que traz princípios implícitos é a letra D, que elenca o Princípio da Prevalência do Interesse Público e o Princípios da Proporcionalidade.

5.6.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

São vantagens lícitas conferidas à Administração Pública, em razão da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Em eventual conflito entre o Interesse Público e o Interesse Privado, há a prevalência do Interesse Público.

As prerrogativas conferidas à Administração Pública decorrem do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Haverá momentos em que o interesse coletivo (da sociedade) irá se chocar com o interesse individual (do particular). Como solucionar esse problema? Soluciona-se por meio do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Dessa forma, para que aquele interesse (público) sobressaia sobre este interesse (privado), faz-se necessário conceder à Administração Pública algumas prerrogativas, ou seja, alguns poderes que os particulares não têm.

Exemplos:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O trânsito da cidade é caótico. Para melhorar o tráfego, é necessário ampliar as vias; para isso, faz-se necessária a desapropriação das propriedades privadas.

Outros exemplos desse princípio são as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos; o exercício de poder polícia e as intervenções do Estado na propriedade, como a requisição administrativa, limitação administrativa e o tombamento.

OBS.: o Princípio da Supremacia do Interesse Público está presente tanto no momento da **elaboração** da lei, como no momento da **execução** desta pela Administração Pública.

Ademais, designa-se que o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado não é absoluto. Ele estará presente nos atos de império do Estado, contudo, não estará presente nos chamados atos de gestão, aqueles em que o interesse público estará ao lado do interesse particular.

A doutrina divide o interesse público em dois, quais sejam: o interesse público primário e o secundário. O primeiro seria aquele que corretamente se identifica com a finalidade pública, enquanto o segundo seria o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica apartada. Observa-se que o interesse público secundário não necessariamente irá prevalecer sobre o interesse privado do cidadão.

Por fim, parcela da doutrina sustenta a inexistência da supremacia abstrata do interesse público sobre o privado, exigindo a ponderação de interesses para resolver eventual conflito.

5.6.2. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

São restrições impostas à Administração Pública, em razão da Indisponibilidade do Interesse Público. O Interesse Público não pertence ao administrador público, na verdade, pertence à sociedade. A Administração Pública não é a dona do interesse público, é, tão somente, gestora desse interesse, que tem o povo o seu titular. Dessa forma, o administrador público não pode dispor de algo que não é dele e, em razão dessa situação, são impostas à Administração Pública algumas sujeições.

As restrições impostas à atividade administrativa, que decorrem do fato de ser a Administração Pública mera gestora de bens e de interesses públicos, derivam do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Em outras palavras, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes; cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Exemplo: a Administração Pública quer contratar pessoal. O administrador público não pode contratar quem ele quiser, mas sim deve realizar concurso público.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público formam as chamadas “pedras de toque do Direito Administrativo”; é o chamado regime jurídico administrativo, formando as bases do regime jurídico.

5.6.3. Princípio da Razoabilidade

De acordo com esse princípio, a Administração Pública deve atuar com bom senso, nos termos do senso comum. O respectivo princípio tem origem no direito anglo-saxão, desenvolvido no âmbito da common law.

O Princípio da Razoabilidade consagra a ideia do substantive due process of law, ao deixar de lado um caráter meramente procedimental, para incluir uma versão substantiva, de proteção às liberdades e aos direitos individuais contra abusos e ilegalidades praticados pelo Estado.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A razoabilidade é a soma da necessidade (exigibilidade) e da adequação. Em outras palavras, o Poder Público deve atuar quando necessário e de forma adequada.

Infere-se que o Princípio da Razoabilidade tem o objetivo de limitar a discricionariedade administrativa, uma vez que agir discricionariamente não significa atuar de forma desarrazoada. Portanto, as decisões administrativas que violarem a razoabilidade não serão inoportunas ou inconvenientes, mas, na verdade, serão ilegais, porque ofenderão a finalidade da lei. "O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade.[20]"

Esse princípio foi mencionado expressamente pela Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (Lei nº 9.784/99)

Exemplo: o Prefeito tem verba pública para uma obra. O município precisa de escola e de hospital. O prefeito escolhe destinar a verba para a construção de uma escola.

Interessante salientar que o STF pontua como sede material expressa do referido princípio o Devido Processo Legal, no seu aspecto substantivo, qual seja a proteção direta dos bens jurídicos. Isso se difere da acepção adjetiva, que trata das garantias processuais, dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos[21].

5.6.4. Princípio da Proporcionalidade

De acordo com esse princípio, a atuação da Administração Pública deve observar os meios e os fins, ou seja, o Poder Público deve obter a finalidade a que se destina da forma menos gravosa para a sociedade.

Por sua vez, o Princípio da Proporcionalidade tem origem no direito germânico e sua base é o excesso de poder, isto é, os atos dos agentes públicos não podem ultrapassar os limites do adequado.

O Princípio da Proporcionalidade, para muitos autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estaria contido no princípio da Razoabilidade. Ele decorre do Princípio Constitucional da Legalidade e foi mencionado expressamente pela Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (Lei nº 9.784/99)

Exemplo: imposição de uma penalidade branda em razão de uma infração leve cometida pelo servidor público. O STF pontua como sede material expressa do referido princípio o Devido Processo Legal, no seu aspecto substantivo, qual seja a proteção direta dos bens jurídicos. Isso se difere da acepção adjetiva, que trata das garantias processuais, dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos.[22]

Há doutrina que divide o Princípio da Proporcionalidade em três subprincípios:

- **Adequação ou idoneidade:** o ato do Estado será adequado quando permitir o resultado pretendido.
- **Necessidade ou exigibilidade:** quando houver duas ou mais medidas adequadas para

[20] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.41

[21] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ªed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P.239.

[22] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24ªed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P.239.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

alcançar às finalidades pretendidas, deve-se adotar a medida menos gravosa aos direitos fundamentais.

- **Proporcionalidade em sentido estrito:** trata-se da ponderação custo-benefício. Deve-se ponderar o ônus e o benefício da conduta estatal.

Por fim, é preciso analisar o Princípio da Proporcionalidade sob as vertentes de proibição do excesso e de proibição da proteção insuficiente.

A proibição de excesso é a vertente do Princípio da Proporcionalidade que proíbe que o Estado aja além da conta; que faça mais do que deveria. Aplica-se sobretudo aos direitos de defesa (que impõem uma abstenção ao Estado). Se, por exemplo, o Estado edita lei que autoriza interceptações sem ordem judicial e para fins outros que não os previstos no texto constitucional, ele age excessivamente e viola a proporcionalidade. Nesse caso, o Estado foi para além dos limites autorizados pelo direito fundamental e não se absteve de fazer algo que lhe era vedado.

Não obstante, alguns direitos fundamentais exigem obrigações positivas do Estado que, tradicionalmente, impõem um dever de proteção, isto é, uma ação e não uma mera abstenção (e.g. direitos de prestação). Nesses casos, se o Estado não age, ou se age de maneira insuficiente, ele viola a proibição de proteção insuficiente, que é a segunda vertente do princípio da proporcionalidade. Isso ocorre, notadamente, no caso das obrigações positivas ou dos deveres de proteção, a exemplo dos direitos fundamentais sociais. Se o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente, promover a educação e a saúde e não o faz ou faz aquém do devido, ele infringe a proibição de proteção insuficiente. Essas ações só podem ser exigidas dentro da reserva do possível, que será aferida concretamente, não bastando mera invocação abstrata de insuficiência de recursos.

5.6.5. Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica tem como objetivo estabilizar e dar a certeza a determinadas relações jurídicas existentes entre o administrado e a Administração Pública.

O Princípio da Segurança jurídica pode ser entendido em dois sentidos:

- **Objetivo:** trata-se da estabilização do ordenamento jurídico, haja vista a necessidade de respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
- **Subjetivo:** trata-se da proteção da confiança das pessoas, em razão das expectativas criadas por atos da administração pública.

O Princípio da Segurança Jurídica possui caráter amplo, aplicável às relações públicas e privadas. Por outro lado, a confiança legítima tutela a esfera jurídica do particular, protegendo-o de atos arbitrários do Estado.

Especificamente, no que tange à confiança legítima, faz-se necessário pontuar pela aplicação da teoria dos atos próprios ou venire contra factum proprium. Para a aplicação dessa teoria, deve-se observar três requisitos:

- **Identidade subjetiva e objetiva:** por esse requisito, o ato anterior e posterior devem emanar da mesma administração e editados no âmbito da mesma relação jurídica.
- **Conduta anterior válida e unívoca.**
- **Atuação contraditória:** o ato posterior é incompatível com o ato anterior.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Esse princípio, nos termos do art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/99, veda a aplicação retroativa de nova interpretação sobre uma norma. Observa-se que é possível uma norma sofrer nova interpretação, sendo proibido que essa nova interpretação seja aplicada para relações jurídicas anteriormente decididas.

ATENÇÃO: Art. 54 da Lei nº 9.784/99:

> **Art. 54**. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Percebe-se que há, no texto da lei, a exteriorização do Princípio da Segurança Jurídica, estando o destinatário do ato favorável de boa-fé decaído aos 5 anos, a Administração Pública não poderá anular esse ato ilegal. Em outras palavras, prevalecerá o Princípio da Segurança Jurídica, de modo que os efeitos produzidos permanecerão consolidados. Contudo, observa-se que não cumprido um dos requisitos exigidos (boa-fé e o decurso do tempo), a Administração Pública poderá anular o ato, prevalecendo o Princípio da Autotutela.

5.6.6. Princípio da Especialidade

O Princípio da Especialidade, decorrente da Indisponibilidade do Interesse Público e da Legalidade, consiste na ideia de que as entidades da Administração Pública Indireta não podem se afastar das finalidades para as quais foram criadas. Esse princípio, inicialmente, foi pensado para as Autarquias, contudo, deve ser aplicado às Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista[23].

Ainda, o princípio da especialidade deve ser aplicado para os órgãos públicos, que também possuem uma finalidade específica.

O Princípio da Especialidade na administração indireta impõe a necessidade de que conste, na lei de criação da entidade, a atividade a ser exercida de modo descentralizado.

5.6.7. Princípio da Sindicabilidade

Por esse princípio, significa dizer que todo ato administrativo pode se submeter a algum tipo de controle, seja judicial, seja da própria Administração.

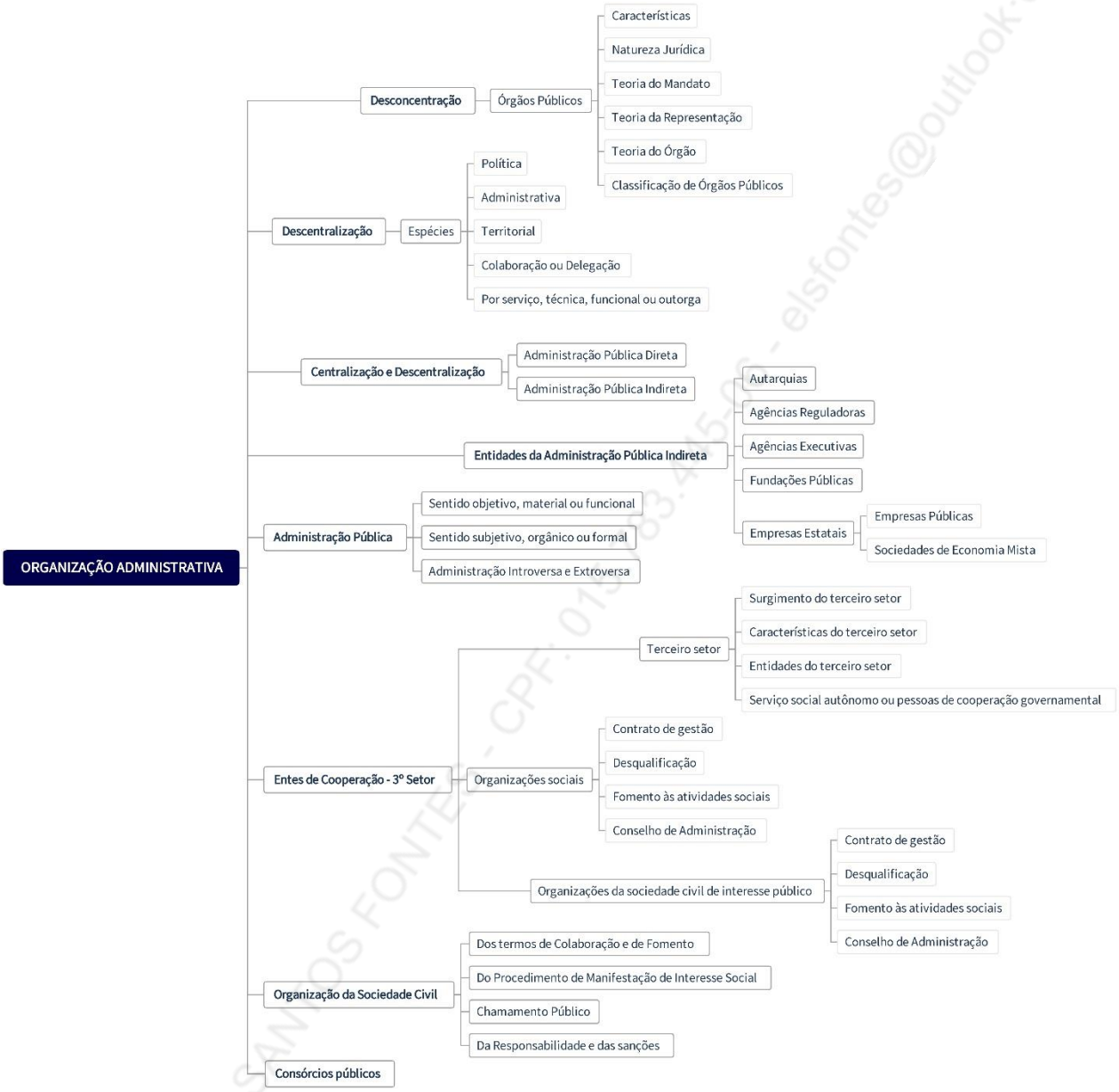
Vale lembrar que, no Brasil, vigora o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), de tal forma que toda lesão ou ameaça de direito poderá ser controlada pelo Poder Judiciário. Além disso, a sindicabilidade também abrange a autotutela, pois a própria Administração pode exercer controle sobre os seus próprios atos, anulando os ilegais e revogando os inconvenientes e inoportunos.

Portanto, o Princípio da Sindicabilidade significa que os atos estão sujeitos a controle, envolvendo inclusive o controle judicial.

[23] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013. P. 65

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

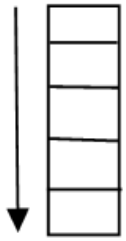
2 ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. DESCONCENTRAÇÃO

A desconcentração é o fenômeno de distribuição de competências dentro da mesma Pessoa Jurídica, isto é, haverá uma repartição de competências INTERNA. Pela Desconcentração há a criação dos órgãos públicos.



.1. Órgãos Públicos

Os órgãos públicos são unidades administrativas despersonalizadas, dotadas de um feixe de atribuições e são ocupados por um agente público. Observa-se que a criação de órgãos ocorre por meio de uma lei de iniciativa do Poder competente; em razão da simetria das formas, a sua extinção também deve ser feita por lei.

No âmbito do Poder Legislativo, a criação e a extinção de órgãos, nos termos do art. 51, IV e art. 52, XIII, ambos da CF/88[24] não precisam de lei, mas sim de atos administrativos praticados pelas respectivas Casas.

Ademais, a depender da natureza jurídica do órgão, este, para ser criado, dependerá de uma Emenda Constitucional.

Exemplo: um novo Tribunal de Contas em um Estado. (Caso fosse possível haver dois tribunais de contas no mesmo ente da federação).

De acordo com o art. 1º, §2º, I, da Lei nº 9.784/99, órgão é a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta. Frise-se, portanto, que há órgãos públicos tanto na Administração Direta, quanto na Administração Indireta.

1.1.1. Características

Os órgãos públicos são unidades despersonalizadas, isto é, não possuem personalidade jurídica. Dessa forma, em regra, não poderão ser partes em demandas judiciais. Isso ocorre em razão da teoria da

[24] Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

imputação volitiva, isto é, a vontade exteriorizada pelos agentes deve ser imputada à pessoa jurídica que o órgão integra.

Excepcionalmente, os órgãos poderão ser partes em demandas judiciais. Esse é o caso dos órgãos independentes terem a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança com o objetivo de proteger suas prerrogativas constitucionais.

Exemplo: Tribunal de Contas impetra Mandado de Segurança contra atos do Poder Executivo que suprimam suas atribuições; Tribunal de Justiça impetra Mandado de Segurança contra atos do CNJ.

Nesse sentindo, ressalta-se a leitura da Súmula 525 do STJ:

> **Súmula 525.** A Câmara de vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais. (STJ. 1ª Seção. Aprovada em 22/04/2015.)

Assim, observa-se que os órgãos de cúpula da hierarquia administrativa terão a chamada capacidade processual ou judiciária, quando estiverem na defesa de suas prerrogativas institucionais.

Atenção: Somente na defesa de suas prerrogativas institucionais, não sendo possível demandar em juízo, fora de tal situação.

O tema foi cobrado na PGM Sorocaba, na seguinte questão:

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP - 2018 - Procurador do Município de Sorocaba - SP) A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a qual este pertence. Em consequência disso, é correto afirmar que um ato administrativo praticado no âmbito de uma:

A) Autarquia pode ser questionado judicialmente, figurando a Municipalidade no polo passivo da demanda.

B) Secretaria Estadual pode ser questionado judicialmente, figurando a própria Secretaria no polo passivo da demanda.

C) Empresa Pública pode ser questionado judicialmente, figurando a Municipalidade no polo passivo da demanda.

D) Diretoria pode ser questionado judicialmente, figurando a própria Diretoria no polo passivo da demanda.

E) Secretaria Municipal pode ser questionado judicialmente, figurando a Municipalidade no polo passivo da demanda.

Resposta letra E, afinal a secretaria é órgão, de modo que não pode figurar no polo passivo da demanda. As ações devem ser ajuizadas contra a pessoa jurídica, no caso, o município. Assim, a letra B e C estão erradas. A letra A e C estão erradas, pois autarquia é pessoa jurídica de direito público, e empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, e, assim sendo, possuem personalidade jurídica, devendo figurarem no polo passivo da demanda.

Por fim, os órgãos são regidos sob a forma de subordinação, ou seja, sob o vínculo do controle hierárquico (autotutela). Esse controle é um controle permanente e automático, uma vez que não depende de autorização legislativa. Observa-se que a autotutela contempla o controle de legalidade e de mérito.

O tema foi cobrado na prova da PGM – JP:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE - 2018 - PGM - João Pessoa - PB - Procurador do Município) Acerca de organização administrativa, órgãos e pessoas jurídicas que a compõem, assinale a opção correta.

A) Na desconcentração, órgão integrante da estrutura de determinada autarquia exerce atividades administrativas sem controle hierárquico.

A Letra A encontra-se errada, pois no âmbito da desconcentração há o fenômeno da hierarquia.

1.1.2. Natureza Jurídica[25]

Segundo a Teoria Subjetiva, os órgãos seriam os agentes públicos. Observa-se que essa teoria não pode prevalecer, uma vez que desaparecido o agente, extinto estaria o órgão.

Já pela Teoria Objetiva, o órgão é apenas um conjunto de atribuições, de modo a não se confundir com o agente público. Observa-se também que essa teoria sofre duras críticas, afinal, ignorar o agente público é um equívoco, posto que esse é o instrumento por meio do qual as pessoas jurídicas exteriorizam suas vontades.

Pela Teoria Eclética, o órgão é formado por dois elementos, quais sejam: o agente e o complexo de atribuições. Essa teoria incide no erro da Teoria Subjetiva, afinal, desaparecido o agente estaria extinto o órgão.

Ante a essas teorias, hoje, entende-se como correto que os órgãos possuem atribuições e agentes, contudo, com eles não se confundem. Em outras palavras, quer-se dizer que as atribuições e os agentes podem ser modificados, substituídos ou retirados sem a supressão do órgão.

Foi o jurista alemão Otto Gierke quem estabeleceu as linhas mestras da teoria do órgão e indicou como sua principal característica o princípio da imputação volitiva, isto é, deve-se entender que os atos praticados pelos agentes públicos são, na verdade, imputados não ao agente público, mas ao órgão ao qual esse agente se vincula.

1.1.3. Teoria do Mandato

De acordo com essa teoria, o agente público seria um mandatário do Estado, ou seja, exerceria suas funções por meio de um mandato. Essa teoria possui dois graves erros:

O mandato pressupõe duas vontades independentes, uma do mandante outra do mandatário. Isso não ocorre com o agente público e o Estado;

O mandante não responde pelos atos praticados pelo mandatário que exceda o mandato. Essa situação também não ocorre no âmbito do Poder Público, uma vez que o Estado será responsável pelos danos causados pelos agentes ao terceiro.

[25] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1.1.4. Teoria da Representação

Para essa teoria, o agente púbico seria um representante do Estado. Contudo, essa teoria também possui dois erros:

Os atos praticados pelo representante, que ultrapassarem a representação, não repercutem no patrimônio do representado. Isso não ocorre no âmbito do Estado, uma vez que será responsável pelos atos praticados pelo agente que exceder à sua competência;

A representação é um instituto aplicável aos incapazes. O Estado não é incapaz.

1.1.5. Teoria do Órgão

Teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo essa teoria, o agente ocupa um órgão que integra um organismo maior. O agente público faz parte do Estado, ele representa o Estado. Dessa forma, onde estiver presente o agente, estará presente o Estado.

De acordo com essa teoria, "a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui a ideia de representação pela de imputação[26]."

1.1.6. Classificação de Órgãos Públicos

Quanto à Posição Estatal:[27]

1. Órgãos Independentes

São aqueles originários da Constituição e representativos dos três Poderes do Estado, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e sujeitos apenas aos controles constitucionais de um sobre o outro.

Estão nessa classificação as Casas Legislativas, a Chefia do Executivo e os Tribunais. Hoje, a doutrina mais moderna classifica o Ministério Público e o Tribunal de Contas como órgãos independentes[28].

2. Órgãos Autônomos

São os órgãos de cúpula da Administração, subordinados diretamente à chefia dos órgãos independentes; possuem autonomia administrativa, financeira e técnica. Contudo, não exercem suas atribuições de forma independente, de maneira que estão subordinados aos órgãos independentes.

Estão nessa classificação os Ministérios e as Secretarias de Estado.

3. Órgãos Superiores

São órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia; não possuem autonomia financeira e administrativa, possuindo apenas autonomia técnica.

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.374.

[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 578.

[28] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24. Ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P. 119.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Estão nessa classificação os departamentos, coordenadorias, gabinetes.

4. Órgãos Subalternos

São aqueles órgãos de mera execução, como, por exemplo, as seções de material, de portaria, zeladoria.

Quanto à Esfera de Ação:

1. Órgãos Centrais

São aqueles que possuem atribuições em todo o território nacional, estadual ou municipal, como, por exemplo, a presidência, a governadoria e a prefeitura.

2. Órgãos locais

São aqueles que possuem atribuições sobre uma parte do território, como, por exemplo, as Delegacias Regionais da Receita Federal.

Quanto à Estrutura

1. Órgãos simples ou unitários

São aqueles constituídos por um único centro de atribuições. Sem subdivisões internas.

2. Órgãos compostos

São aqueles constituídos por vários órgãos. Pode-se dar como exemplo os Ministérios. Esses são compostos por vários outros órgãos, até chegar aos órgãos simples, no qual não é possível mais divisão.

Quanto à Atuação Funcional:

1. Órgãos singulares ou unipessoais

São aqueles integrados por um único agente. São também chamados de unipessoais. Pode-se dar como exemplo a Presidência da República, a Governadoria e a Diretoria de uma Escola.

2. Órgãos coletivos ou pluripessoais

São aqueles integrados por vários agentes públicos. São também chamados de pluripessoais. Pode-se dar como exemplo os Tribunais e o Congresso Nacional.

Quanto à Função:

1. Órgãos Ativos

São aqueles responsáveis por funções essenciais do Estado; realizam condutas comissivas e expressam decisões estatais para o cumprimento dos fins da Pessoa Jurídica a qual está ligada.

Podem ser divididos em Órgãos de direção superior e em Órgãos de execução. Os primeiros são aqueles que decidem, ordenam, dirigem e planejam as atividades administrativas. Esses órgãos realizam a manifestação originária da vontade do Estado. Os segundos são aqueles sujeitos à subordinação hierárquica. Dessarte, realizam a manifestação secundária da vontade do Estado.

2. Órgãos Consultivos

São aqueles que assumem a atividade de aconselhamento da Administração Pública. Têm um papel de auxílio técnico ou jurídico à manifestação de vontade do Estado.

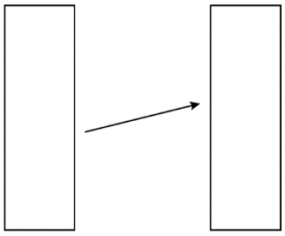
EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3. Órgãos de Controle

São aqueles que exercem controle e fiscalização de órgãos ou agentes.

2. DESCENTRALIZAÇÃO

É o fenômeno de distribuição de competências para uma pessoa jurídica ou física distinta. Em outras palavras, a descentralização é a repartição externa de competências. Não há, entre as entidades, hierarquia. O que há entre elas é o controle finalístico, tutela, supervisão ministerial ou vinculação.



2.1. Espécies de descentralização

2.1.1. Política

Essa espécie de descentralização é originária, feita pela própria Constituição da República, no momento em que cria os Entes da Federação (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) e reparte entre as diversas competências.

2.1.2. Administrativa

Essa espécie de descentralização resulta de um ato superveniente ao texto constitucional.

2.1.3. Territorial/Geográfica

De acordo com Maria Silvia Zanella Di Pietro, "é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica[29]"

No Brasil, é aquela que resulta na criação de um Território Federal. Possui natureza autárquica.

2.1.4. Colaboração ou Delegação

É aquela em que há a transferência, a outra pessoa, da execução de um determinado serviço público. Observa-se que há apenas a transferência da execução do serviço público. A titularidade permanece no poder do ente federado.

Trata-se da disposição constante no art. 175 da CF/88.

[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 468

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob **regime de concessão ou permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A colaboração ou delegação ocorre por meio de um contrato administrativo ou um ato unilateral. Originariamente, nessa forma de descentralização, ocorre a transferência do exercício da atividade por meio das concessões, permissões e autorizações de serviço público.

2.1.5. Por serviço, Técnica, Funcional ou Outorga

É aquela em que há a transferência para outra pessoa, da execução e da titularidade de um serviço público. O poder público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público.

Em relação ao ponto da transferência ou não da titularidade do serviço, a doutrina se diverge. José Santos Carvalho Filho, entende que não há a transferência dessa titularidade, para ele, transfere-se apenas a execução do serviço público. Dessa forma, para diferenciar a descentralização por delegação da descentralização por outorga, Carvalho Filho diz que aquela é uma descentralização negocial, ao passo que esta é uma descentralização legal. Contudo, importante dizer que a corrente defendida por Carvalho Filho é minoritária.

De acordo com o art. 37, XIX da CF/88, a descentralização por outorga corresponde à criação de autarquia e autorização de criação de Fundação, Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Assim, necessita-se da edição de uma lei do Chefe do Poder Executivo para criar a autarquia ou a fundação pública de direito público ou para autorizar a criação da empresa pública, da sociedade de economia mista ou da fundação pública de direito privado.

> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> **XIX – somente por lei específica** poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, "impende ressalvar, todavia, a hipótese de criação ou extinção de uma entidade da administração indireta vinculada ao Poder Legislativo, ou vinculada ao Poder Judiciário. Nesses casos, a iniciativa da lei respectiva não será, evidentemente, do Chefe do Poder Executivo, mas sim do respectivo Poder a que esteja vinculada a entidade[30]".

A descentralização origina o chamado controle por **vinculação**, **finalístico ou tutela**. Nesse controle não há relação de subordinação, há uma relação de vinculação, afinal, é exercido nos limites em que a lei estipular. Portanto, a pessoa desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se às interferências indevidas. O controle finalístico tem por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída[31].

QUESTÃO DE CONCURSO

[30] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado, 20ª edição, 2012, p. 33

[31] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p, 469.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

(FCC - 2018 - Prefeitura de Caruaru - PE - Procurador do Município) Em relação à organização administrativa,

A) a criação de uma agência reguladora - autarquia em regime especial - é decorrente do fenômeno da desconcentração.

B) uma empresa pública prestadora de serviço público é criada por meio do fenômeno da descentralização, enquanto uma empresa pública exploradora de atividade econômica é criada por meio do fenômeno da desconcentração.

C) no Brasil, a criação de Territórios Federais constitui hipótese de descentralização geográfica ou territorial.

D) a criação de uma secretaria municipal é hipótese de descentralização.

E) a transferência de uma competência de um órgão superior a um órgão subalterno, sem quebra de hierarquia, é hipótese de descentralização.

A alternativa correta é a letra C. A letra A deveria ser "A criação de uma agência reguladora - autarquia em regime especial - é decorrente do fenômeno da descentralização". A letra B deveria ser "uma empresa pública, seja prestadora de serviço público, seja exploradora de atividade econômica, é criada por meio do fenômeno da descentralização." A letra D deveria ser "a criação de uma secretaria municipal é hipótese de desconcentração". A letra E deveria ser "a transferência de uma competência de um órgão superior a um órgão subalterno, sem quebra de hierarquia, é hipótese de **desconcentração**".

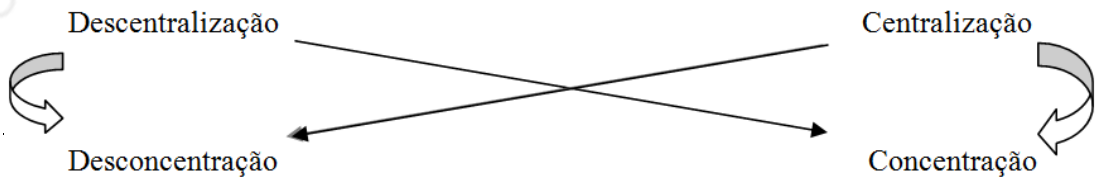
3. CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

A centralização é o fenômeno pelo qual o "Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional[32]" . Dessa forma, observa-se que a centralização ocorre pela execução de tarefas da **Administração Pública Direta**. Diferente, pela descentralização, o Estado executa suas tarefas de forma indireta, isto é, delega suas atividades a outras entidades.

Diante dessa diferença, surge a expressão **Administração Pública Direta**, composta pelos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Município) e **Administração Pública Indireta**, composta por pessoas administrativas (Autarquia, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista). Aquela é a administração centralizada, ao passo que esta é a administração descentralizada.

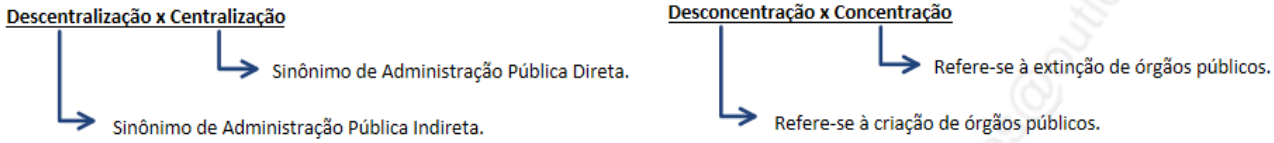
A centralização desconcentrada compreende a atribuição administrativa conferida a uma única pessoa jurídica dividida internamente em diversos órgãos públicos, como se faz em relação aos ministérios. Por sua vez, a centralização concentrada é a extinção de órgãos por parte da Administração Pública Direta.

Também é possível haver a descentralização desconcentrada, quando a Administração Indireta cria seus órgãos, bem como é possível a Descentralização Concentrada, quando a Indireta extingue seus órgãos. Designa-se que o fenômeno da desconcentração ocorre em ambas as administrações públicas, desde que haja a criação de órgãos públicos no âmbito de determinada pessoa jurídica.



[32] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 453

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



4. ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

4.1. Autarquias

4.1.1. Conceito

De acordo com o art. 5º, I do Decreto Lei nº 200/67, Autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

O Decreto Lei supramencionado estabelece a autarquia como um serviço autônomo. Hoje, contudo, a autarquia não é considerada um serviço, mas sim uma pessoa jurídica de direito público. (Art. 41, IV do Código Civil).

4.1.2. Princípio da Especialidade

Por esse princípio, a autarquia deve realizar uma atividade específica. Não é razoável criar a autarquia para realizar tudo o que a Administração Pública Direta realiza. Ademais, esse princípio diferencia as autarquias dos territórios, uma vez que estes possuem uma capacidade genérica para a prestação de serviços públicos variados.

O Princípio da Especialidade na Administração Indireta impõe a necessidade de que conste, na lei de criação da entidade, a atividade a ser exercida de modo descentralizado.

4.1.3. Criação e Extinção

De acordo com o art. 37, XIX da CF/88, a criação e a extinção das autarquias devem ocorrer por meio de uma lei específica para sua criação. Essa lei deve ser de iniciativa do chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II da CF/88.

4.1.4. Objeto

Pelo conceito estabelecido pelo art. 5º, I do Decreto-lei 200/67, as autarquias executarão atividades típicas da Administração Pública, isto é, as autarquias irão executar serviços públicos de natureza social e de atividades administrativas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4.1.5. Privilégios

As autarquias são dotadas dos mesmos privilégios que a Administração direta. Com efeito, por atuarem na busca do interesse público e submeterem-se ao regime jurídico da Administração, obtém, legalmente, benefícios de ordem processual, e mesmo de fundo, a exemplo da imunidade na área tributária, que prevê como privilégio o constante no artigo 150, § 2.º, da Constituição Federal.

4.1.6. Responsabilidade

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

As autarquias também terão responsabilidade objetiva quanto aos atos praticados pelos seus agentes (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal/88), respondendo pelos prejuízos que esses causarem a terceiros. Tal responsabilidade se justifica não só em razão da previsão constitucional, mas sim em razão da natureza das atividades e fins de criação das autarquias.

4.1.7. Falência

As autarquias não se submetem ao regime falimentar, pois, por serem prestadoras de serviços públicos, além de não realizar atos comerciais, têm como princípio a sua preservação para manutenção e expansão dos serviços por elas prestados, visando à plena obtenção do interesse público. Logo, por não explorarem atividades econômicas, não é aplicada a regra que equipara todas as suas obrigações às da iniciativa privada (artigo 173, § 1.º, inciso II, da Constituição Federal).

4.1.8. Classificação

As autarquias são passíveis de distintas classificações, diante dos seus diversos objetos e objetivos:

Autarquias Profissionais/ Corporativas

Essas são os conselhos de atividades profissionais. Observa-se que os conselhos profissionais são autarquias e não pessoas jurídicas de direito privado, afinal elas exercem o Poder de Polícia. Ex.: CREA; CRM.

Autarquias Previdenciárias

São autarquias voltadas para a atividade de previdência social estatal. Ex.: INSS.

Autarquias Culturais ou de Ensino

São aquelas voltadas para a educação e o ensino. Estão aqui as Universidades, como a UFMG, UFRJ e UFOP.

Autarquias de controle

Nessa classificação encontram-se as Agências Reguladoras, que possuem como objetivo o controle e a fiscalização de entidades que prestam serviços públicos ou atuam na área econômica. Pode-se exemplificar citando a ANEEL, ANTEL, ANA e ANP.

Autarquias Associativas

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Essas autarquias são mais conhecidas como as Associações Públicas, isto é, a junção de diversos entes federados com fins de mútua cooperação, formando um consórcio público de direito público.

Autarquias Administrativas

Essa categoria de autarquias é formada pelas autarquias residuais, ou seja, são aquelas autarquias que se destinam a diversas atividades administrativas, como o INMETRO; BACEN; IBAMA.

4.1.9. Características

Imunidade Tributária: de acordo com o art. 150, § 2º da CF/88, é vedada a instituição de impostos sobre o patrimônio, serviços e as rendas das autarquias, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Dessa forma, não havendo serviços, rendas ou patrimônios vinculados às atividades essenciais da autarquia poderão ser normalmente tributados[33].

Seus bens são públicos, de acordo com o art. 98 CC/02.

Impenhorabilidade de seus bens – não podem sofrer a penhora.

Imprescritibilidade de seus bens – não são passíveis de usucapião.

Prescrição Quinquenal – em relação às autarquias incide a prescrição estabelecida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Créditos sujeitos à execução fiscal – os créditos das autarquias são inscritos como dívida ativa e podem ser cobrados pelo processo da execução fiscal.

Questões processuais específicas:

Prazo em dobro para todas as manifestações processuais, nos termos do art. 183 do Novo Código de Processo Civil;

Reexame necessário.

4.2. Agências Reguladoras

Reguladas pela Lei nº 9.986/00, as Agências Reguladoras possuem natureza jurídica de Autarquia de regime especial. O Poder Público entregou para as agências reguladoras a função regulatória. Contudo, essa função não é de exclusividade das agências, outras pessoas e órgãos podem realizar essa atividade. Faz-se importante também a leitura da Lei nº 13.848/2019, que trouxe algumas alterações e inovações acerca das agências reguladoras.

Observa-se que as agências reguladoras possuem natureza especial caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa, financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, conforme o art. 3º da Lei 13.848/19.

[33] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012 p. 487.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4.2.1. Características

Mandato Fixo para os seus Dirigentes

O Art. 6º da Lei nº 9.986/00 estabelece que o mandato dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências reguladoras será de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvada a hipótese de vacância antes do período final.

Ademais, o art. 9º da mesma Lei estabeleceu os casos em que o dirigente perderá o mandato, quais sejam:

- Renúncia;
- Condenação Judicial Transitada em julgado, ou
- Processo Administrativo disciplinar e
- Por infringência de quaisquer das vedações impostas aos dirigentes.

A legislação, dessa forma, proíbe a exoneração ad nutum, ou seja, por livre vontade do administrador público.

> **Informativo 759**: É constitucional lei estadual que prevê que os dirigentes de determinada agência reguladora somente poderão ser nomeados após previamente aprovados pela Assembleia Legislativa. Por outro lado, é inconstitucional a lei estadual que estabelece que os dirigentes de agência reguladora somente poderão ser destituídos de seus cargos por decisão exclusiva da Assembleia Legislativa, sem qualquer participação do Governador do Estado. Essa previsão viola o princípio da separação dos poderes (at. 2º da CF/88). STF. Plenário. ADI 1949/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/9/2014).
> **SÚMULA Nº 25** - A NOMEAÇÃO A TERMO NÃO IMPEDE A LIVRE DEMISSÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE OCUPANTE DE CARGO DIRIGENTE DE AUTARQUIA.

Muito embora exista a súmula n.º 25, o STF entendeu constitucional a existência do mandato fixo. Portanto, a referida súmula não se aplica.

> **SÚMULA Nº 47** - REITOR DE UNIVERSIDADE NÃO É LIVREMENTE DEMISSÍVEL PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DURANTE O PRAZO DE SUA INVESTIDURA.

Período de Quarentena

Esse período se refere ao lapso temporal em que o dirigente da agência reguladora ficará afastado de atuar no mercado regulado por ele.

De acordo com o art. 8º da Lei n.º 9.986/00, o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de seis meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato.

Inclui-se no período de 6 (seis) meses eventuais períodos de férias não gozadas.

Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente a do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes.

Aplica-se o período de quarentena ao ex-dirigente exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Incorre na prática de crime de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que violar o impedimento, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis.

Na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá optar pelo recebimento da remuneração compensatória ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse.

Participação Popular no Processo Decisório (Administração Consensual)

As agências reguladoras irão propiciar a realização de audiências públicas, a oitiva das pessoas envolvidas pelas possíveis decisões tomadas por ela. Tudo isso serve para compensar o déficit de legitimidade das agências reguladoras. Ocorre esse déficit em razão de seus dirigentes não terem sido votados para ocupar os seus cargos.

Decisões, Via de Regra, por um Procedimento Horizontal e Colegiado

As decisões proferidas pelas diretorias das agências ocorrem em uma única e última instância. Dessa forma, há um processo que possibilita a estabilidade no mercado. Portanto, não é um procedimento vertical, ou seja, não há superiores hierárquicos para quem se possa recorrer.

Assim estabelece o Art. 7º da Lei nº 13.848/19, que afirma que o processo de decisão da agência reguladora referente à regulação terá caráter colegiado. Observa-se que o § 1º do art. 7º afirma que as deliberações serão tomadas pela maioria absoluta.

Procedimento Licitatório Simplificado

De acordo com o art. 37 da Lei n.º 9.986/00, a aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos artigos 55 a 58 da Lei n.o 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Em consonância ao art. 54 da Lei n.º 9.472/97, lei que trata da ANATEL, a contratação de obras e serviços de engenharia por essa agência serão contratados nos termos da lei geral para a Administração Pública, atualmente a lei 14.133/2021. Designa-se que esse dispositivo legal trata de atividade meio da ANATEL.

Por sua vez, o art. 210 da referida Lei assegura que as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de radiodifusão (atividade fim) seguirão o procedimento licitatório estabelecido pela Lei n.º 9.472/97. Dessa forma, não seguirá o estabelecido pela Lei n.º 14.133/2021.

Por fim, o art. 54, § único da mesma Lei estabelece que as obras e serviços que não sejam de engenharia poderão ser contratados por meio de procedimento próprio, nas modalidades consulta e pregão.

Não podem ter Empregados Públicos nos seus Quadros de Servidores

De acordo com o STF, as agências reguladoras, por exercerem fiscalização e Poder de Polícia, não podem possuir servidores celetistas.

Autonomia Decisória

De acordo com o art. 4º da Lei 13.848/19, a agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Eventuais conflitos existentes se desencadeiam e são solucionados dentro da própria agência. Dessarte, qualquer revisão a ser feita em suas decisões exaure-se no âmbito interno. Em outras palavras, há uma dificuldade de aceitação de recursos hierárquicos impróprios de decisões das agências reguladoras.

A existência de recursos hierárquicos impróprios somente será possível caso a lei instituidora da agência permitir. Caso seja omissa nesse ponto, é porque não é admissível o recurso hierárquico impróprio.

OBS.: Parecer 51 da AGU – De acordo com esse parecer, que possui força normativa, o Ministro de Estado pode modificar a decisão de uma agência reguladora, seja de ofício ou por recurso hierárquico impróprio. Contudo, só será possível se houver uma ilegalidade na conduta do dirigente ou se a decisão se afastar das políticas públicas do Estado.

> **Enunciado 25:** A ausência de tutela a que se refere o art. 3º, caput, da Lei 13.848/2019 impede a interposição de recurso hierárquico impróprio contra decisões finais proferidas pela diretoria colegiada das agências reguladoras, ressalvados os casos de previsão legal expressa e assegurada, em todo caso, a apreciação judicial, em atenção ao disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Poder Regulatório

O Poder Regulatório das agências reguladoras abrange a atividade de fomento, do Poder de Polícia, assim como a função adjudicatória (soluções de conflitos). De acordo com Carvalho Filho[34] , o poder regulatório incidiria sobre dois setores: os serviços públicos (energia elétrica, água) e algumas atividades econômicas privadas e relevância social (produção e comercialização de medicamentos).

Poder Regulatório é diferente de Poder Regulamentar. Este se refere às especificações feitas em situações genéricas previstas em lei. Ademais, é de competência privativa do chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV da CR/88.

OBS.: Poder Normativo Técnico – Deslegalização (deslegificação) – Por esse poder, as agências reguladoras recebem de suas leis instituidoras delegação para editar normas técnicas, de maneira a complementar a legislação. Ocorre, na verdade, um fenômeno de uma matéria, que era tratada por lei, passar a ser tratada por ato administrativo. A deslegalização é aceita pelo STF. Explicita-se o exemplo:

LEI A estabelece uma altura mínima de 10 andares para a instalação de antenas. LEI B (posterior a lei A) estabelece que a altura mínima será prevista em Resolução da ANATEL. A resolução, por sua vez, prevê a altura mínima de 15 andares para instalar antenas. Nessa situação, ocorreu a chamada deslegalização.

ATENÇÃO

A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública, mormente nos casos em que houver, por parte da fazenda estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica.

Viola a ordem pública por não caber ao Judiciário interferir na definição de tarifas. Além disso, entende-se que impedir o reajuste ofenderia a ordem econômica, por não haver dotação orçamentária para custear as vultosas despesas para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos firmados com as empresas concessionárias. Frisa-se que a legalidade estrita pressupõe a legitimidade do ato

[34] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 479.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

administrativo praticado pelo Poder Público, até prova definitiva em contrário – mormente nos casos em que houver, por parte da Fazenda estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para a fixação dos preços era técnica.

Segundo a denominada doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente, nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos.

4.2.2. Teoria da Captura

A Teoria da Captura consiste em uma falha de governo, pela qual há a quebra da independência e da autonomia das agências reguladoras, de modo que passam a favorecer os entes regulados, que são economicamente mais fortes. O que se quer dizer é que os entes regulados capturam as agências reguladoras no intuito de proteger os seus interesses.

É possível que a captura ocorra também pelo próprio setor público, em razão de decisões políticas que influenciam na atividade regulada, levando à quebra da independência e autonomia da agência reguladora.

4.2.3. Do Plano Estratégico, do Plano de Gestão Anual e da Agenda Regulatória

A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, Plano Estratégico que conterá os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos alheios ao controle da agência que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.

O Plano Estratégico será compatível com o disposto no Plano Plurianual (PPA) em vigência e será revisto, periodicamente, com vistas a sua permanente adequação.

A agência reguladora, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da aprovação do Plano Estratégico pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, disponibilizá-lo-á no respectivo sítio na internet.

O Plano de Gestão Anual, alinhado às diretrizes estabelecidas no Plano Estratégico, será o instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora e contemplará ações, resultados e metas relacionadas aos processos finalísticos e de gestão.

A agenda regulatória integrará o Plano de Gestão Anual para o respectivo ano.

O Plano de Gestão Anual será aprovado pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da agência reguladora com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis do início de seu período de vigência e poderá ser revisto periodicamente, com vistas a sua adequação.

A agência reguladora, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado da aprovação do Plano de Gestão Anual pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, dará ciência de seu conteúdo ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, bem como disponibilizá-lo-á na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

O Plano de Gestão Anual deverá:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **I** - especificar, no mínimo, as metas de desempenho administrativo e operacional e as metas de fiscalização a serem atingidas durante sua vigência, as quais deverão ser compatíveis com o plano estratégico;
> **II** - prever estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas definidas.
> As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no inciso I do caput incluirão, obrigatoriamente, as ações relacionadas a:
> **I** - promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência;
> **II -** promoção do fomento à pesquisa no setor regulado pela agência, quando couber;
> **III** - promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência e com os órgãos de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, quando couber.

A agência reguladora implementará, no respectivo âmbito de atuação, a agenda regulatória, instrumento de planejamento da atividade normativa que conterá o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência.

A agenda regulatória deverá ser alinhada com os objetivos do Plano Estratégico e integrará o Plano de Gestão Anual.

A agenda regulatória será aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

4.2.4. Da ouvidoria

Haverá, em cada agência reguladora, 1 (um) ouvidor, que atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções.

São atribuições do ouvidor:

> **I -** zelar pela qualidade e pela tempestividade dos serviços prestados pela agência;
> **II** - acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação da agência;
> **III -** elaborar relatório anual de ouvidoria sobre as atividades da agência.

O ouvidor terá acesso a todos os processos da agência reguladora.

O ouvidor deverá manter em sigilo as informações que tenham caráter reservado ou confidencial.

Os relatórios do ouvidor deverão ser encaminhados ao conselho diretor ou à diretoria colegiada da agência reguladora, que poderá se manifestar no prazo de 20 (vinte) dias úteis.

Os relatórios do ouvidor não terão caráter impositivo, cabendo ao conselho diretor ou à diretoria colegiada deliberar, em última instância, a respeito dos temas relacionados ao setor de atuação da agência reguladora.

Transcorrido o prazo para manifestação do conselho diretor ou da diretoria colegiada, o ouvidor deverá encaminhar o relatório e, se houver, a respectiva manifestação ao titular do ministério a que a agência estiver vinculada, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, bem como divulgá-los no sítio da agência na internet.

O ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após prévia aprovação do Senado Federal, devendo não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, e ter notório conhecimento em administração pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O ouvidor terá mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, no curso do qual somente perderá o cargo em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar.

É vedado ao ouvidor ter participação, direta ou indireta, em empresa sob regulação da respectiva agência reguladora.

O processo administrativo contra o ouvidor somente poderá ser instaurado pelo titular do ministério ao qual a agência está vinculada, por iniciativa de seu ministro ou do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, em decorrência de representação promovida pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da respectiva agência.

Ocorrendo vacância no cargo de ouvidor no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no caput, que exercerá o cargo pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos.

O ouvidor contará com estrutura administrativa compatível com suas atribuições e com espaço em canal de comunicação e divulgação institucional da agência.

4.3. Agências Executivas

As agências executivas estão previstas na Lei 9.649/98, especificamente nos artigos 51 e 52. Essas entidades são autarquias ou fundações públicas que são qualificadas como Agência, desde que preenchidas algumas condições.

Não são confundidas com as Agências Reguladoras, uma vez que estas objetivam controlar os particulares. Diferente, as Agências Executivas exercem a atividade estatal, com melhor desenvoltura e operacionalidade. Elas continuam exercendo as mesmas atividades de uma autarquia ou fundação, mas com maior eficiência e redução de custos.

O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos (art. 51):

> **I** - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
> **II -** ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.
> **§1º** - A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação de seu cumprimento.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O grande exemplo de uma Agência Executiva é o INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial.

O tema foi cobrado na PGM Fortaleza.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: Prefeitura de Fortaleza - CE Prova: CESPE - 2017 - Prefeitura de Fortaleza - CE - Procurador do Município.

Em cada um do item a seguir é apresentada uma situação hipotética seguida de uma assertiva a ser julgada, a respeito da organização administrativa e dos atos administrativos.

Ao instituir programa para a reforma de presídios federais, o governo federal determinou que fosse criada uma entidade para fiscalizar e controlar a prestação dos serviços de reforma. Nessa situação, tal entidade, devido à sua finalidade e desde que criada mediante lei específica, constituirá uma agência executiva.

Certo

Errado

Alternativa errada, pois a agência executiva não é criada por lei. Na verdade, trata-se de uma autarquia ou fundação já existente e que foi qualificada por decreto do chefe do poder executivo. No caso, a entidade seria uma agência reguladora.

4.4. Fundações Públicas

4.4.1. Conceito

De acordo com o art. 5º, IV do Decreto Lei n.º 200/67, Fundação Pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Pelo conceito supramencionado, as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, a natureza jurídica das fundações não é simples como se propõe.

Observa-se que a posição dominante no ordenamento jurídico é de que existem dois tipos de fundações. Há as fundações públicas de direito público e as de direito privado. Estas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, ao passo que aquelas são dotadas de personalidade jurídica de direito público. Dessa forma, as fundações de direito público são chamadas de autarquias fundacionais, afinal vão possuir o mesmo regime das autarquias. Esse é o posicionamento do STF.

ATENÇÃO

De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, a estabilidade especial do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, devendo ser aplicada somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público. A decisão majoritária foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 716378, com repercussão geral reconhecida, que envolveu o caso de um empregado dispensado sem justa causa pela Fundação Padre Anchieta – Centro Paulista de Rádio e TV Educativas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A tese de repercussão geral[35] aprovada foi a seguinte:

> **1 –** A qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende: I – do estatuto de sua criação ou autorização; II – das atividades por ela prestadas. As atividades de conteúdo econômico e as passíveis de delegação, quando definidas como objetos de dada fundação, ainda que essa seja instituída ou mantida pelo Poder Público, podem se submeter ao regime jurídico de direito privado.
> **2 –** A estabilidade especial do artigo 19 do ADCT não se estende aos empregados das fundações públicas de direito privado, aplicando-se tão somente aos servidores das pessoas jurídicas de direito público.

4.4.2. Criação e Extinção

Em decorrência da divisão de fundação pública de direito privado e de direito público, de acordo com o art. 37, XIX da CR/88, quando a fundação for de direito privado, sua instituição se dará por meio de lei autorizativa e a sua criação com o registro dos atos constitutivos no registro civil de pessoas jurídicas, nos termos do art. 5º, § 3º do Decreto Lei n.º 200/67. Por sua vez, se a fundação for de direito público, sua criação se dará por meio de lei, nos termos do artigo constitucional.

Por sua vez, a extinção das fundações também decorre da lei. Para a de direito privado, a lei autorizará a extinção e para a de direito público, a própria lei extinguirá.

4.4.3. Objeto

As fundações públicas possuem caráter social, de modo que suas atividades se caracterizam como serviços públicos. As fundações da administração pública se destinam a realizar atividades como a assistência social, educação e ensino, pesquisa e atividades culturais.

Todavia, conforme o STF já se manifestou, a Fundação Pública enquanto pessoa jurídica de direito privado poderá realizar a prestação de serviço público e a possibilidade de exercício de atividade econômica.

4.4.4. Privilégios

As fundações, por perseguirem finalidades públicas, são dotadas dos mesmos privilégios que as autarquias. Logo, por atuarem na busca do interesse público e submeterem-se ao regime jurídico da Administração, obtêm, legalmente, benefícios de ordem processual e a exemplo da imunidade na área tributária, que designa como privilégio o constante no artigo 150, § 2.º, da Constituição Federal.

4.4.5. Responsabilidade

As fundações também respondem pelas suas próprias dívidas e obrigações contraídas. A Administração direta tem responsabilidade subsidiária quanto às dívidas e obrigações das fundações, ou seja, a Administração somente poderá ser acionada depois de exaurido todo o patrimônio, as forças das fundações. As fundações governamentais, independentemente de serem dotadas de personalidade de direito público ou privado, assim como as autarquias, também terão responsabilidade objetiva quanto aos atos praticados pelos seus funcionários (artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal/88), respondendo pelos

[35] STF - Recurso Extraordinário (RE) 716378

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

prejuízos que esses causarem a terceiros. Tal responsabilidade se justifica não só em razão da previsão constitucional, mas também em razão da natureza das atividades e dos fins de criação das fundações.

4.4.6. Falência

As fundações também não se submetem ao regime falimentar, pois, por serem prestadoras de serviços públicos, além de não realizarem atos comerciais, têm como princípio a sua preservação para a manutenção e expansão dos serviços por elas prestados, visando à plena obtenção do interesse público, assim como acontece com as autarquias.

4.4.7. Características

As fundações públicas de direito público terão as mesmas características das autarquias. Portanto, possuem:

Imunidade Tributária: de acordo com o art. 150, § 2º da CR/88, é vedada a instituição de impostos sobre o patrimônio, serviços e as rendas das fundações, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Dessa forma, não havendo serviços, rendas ou patrimônios vinculados às atividades essenciais da autarquia poderão ser normalmente tributados[36].

Seus bens são públicos, de acordo com o art. 98 CC/02.

Impenhorabilidade de seus bens – não podem sofrer a penhora.

Imprescritibilidade de seus bens – não são passíveis de usucapião.

Prescrição Quinquenal – em relação às autarquias incide a prescrição estabelecida no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Créditos sujeitos à execução fiscal – Os créditos das autarquias são inscritos como dívida ativa e podem ser cobrados pelo processo da execução fiscal.

Questões processuais específicas.

Prazo em dobro para todas as manifestações processuais, nos termos do art. 183 do Novo Código de Processo Civil.

Reexame Necessário.

OBS.: As fundações públicas de direito privado somente terão o benefício estabelecido no número 1, qual seja: a imunidade tributária.

4.5 Empresas Estatais

4.5.1. Conceito

A expressão “empresas estatais” é gênero, do qual são espécies a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista.

[36] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 487.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o art. 3º da Lei 13.303/16, a Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Ademais, o seu parágrafo único estabelece a existência da Empresa Pública Pluripessoal. O dispositivo tem a seguinte redação: desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4.5.2. Empresas Públicas

PJ Direito Privado;

integra a AP Indireta;

criada por autorização legal;

qualquer forma jurídica;

atividades de caráter econômico ou prestação de serviço.

Por sua vez, a Sociedade de Economia Mista, nos termos do Art. 4º da Lei n.º 13.303/16 é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com o direito ao voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou à entidade da Administração Indireta.

4.5.3. Sociedade de Economia Mista

- PJ Direito Privado;
- integra a AP Indireta;
- criada por autorização legal;
- sob a forma de AS (sociedade anônima);
- atividades de caráter econômico ou prestação de serviço.

O art. 173 da Constituição determina que, para que as estatais existam, necessita-se de pelo menos um de dois pressupostos:

- Relevante interesse coletivo; ou
- Imperativos de Segurança Nacional.

> **Art. 173**. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O enunciado 14 do CJF dispõe:

> **En. 14, CJF**. A demonstração da existência de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, descrita no parágrafo 1º do art. 2º da Lei 13.303/2016, será atendida por meio do envio ao órgão legislativo competente de estudos/documentos (anexos à exposição de motivos) com dados objetivos que justifiquem a decisão pela criação de

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> empresa pública ou de sociedade de economia mista cujo objeto é a exploração de atividade econômica.

Para demonstração da necessidade de criação (e manutenção) de uma empresa estatal, o relevante interesse coletivo e os imperativos da segurança nacional devem ser demonstrados por meio de documentos, provas e dados, que serão enviados juntamente com a exposição de motivos da lei autorizativa.

Outro enunciado do CJF também se faz importante nesse estudo:

> **En. 13, CJF.** As empresas estatais são organizações públicas pela sua finalidade, portanto, submetem-se à aplicabilidade da Lei 12.527/2011 "Lei de Acesso à Informação", de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, inciso II, não cabendo a decretos e outras normas infralegais estabelecer outras restrições de acesso a informações não previstas na Lei.

Destaca-se que as "organizações públicas", da primeira frase do enunciado, constituem pessoas jurídicas de direito privado.

Com esse enunciado, nota-se que as empresas estatais se submetem à Lei de Acesso à Informação, não sendo possível que um ato infralegal restrinja o acesso para fora das hipóteses já previstas em lei.

4.5.4. Regime Jurídico

Ambas as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, motivo pelo qual a elas será aplicado o regime jurídico de direito privado em regra. Contudo, há também a aplicação do regime jurídico de direito público. Dessa forma, muitos denominam o regime jurídico das empresas estatais de regime híbrido.

De acordo com o art. 173, § 1º, II da CR/88, às empresas estatais será aplicado o mesmo regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias[37].

Em relação às normas de direito público que a elas serão aplicadas, pode-se dar como exemplo o controle do Tribunal de Contas (art. 71 da CR/88), o controle e a fiscalização do Congresso Nacional (art. 49, X da CR/88) e a exigência de concurso público (art. 37, II da CR/88).

4.5.5. Criação e Extinção

De acordo com o art. 37, XIX da CR/88, as empresas estatais terão autorizadas a sua criação por meio de lei específica. Para que de fato seja criada, essas empresas precisam do registro de seus atos constitutivos na repartição competente.

Para a sua extinção, porém, o STF, na ADI 6.241/DF, entendeu que se faz desnecessária, em regra, lei específica para inclusão de sociedade de economia mista ou de empresa pública em programa de desestatização.

[37] Em relação à responsabilidade civil, a ação de indenização contra essas empresas estatais, quando não forem prestadoras de serviço público, terá o prazo prescricional de 10 anos, de acordo com o Código Civil de 2002 e entendimento do STJ.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

No entanto, com relação às empresas estatais cuja lei instituidora tenha previsto, expressamente, a necessidade de lei específica para sua extinção ou privatização, é necessário que o administrador público observe a norma legal.

Outrossim, essas entidades podem possuir subsidiárias. A criação dessas subsidiárias depende de autorização legislativa, em cada caso, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada. O STF[38] entendeu a expressão "em cada caso" como se fosse para cada entidade e não para cada situação que fosse criada uma subsidiária. Ex.: a Petrobrás possui uma lei que autoriza a criação de subsidiárias.

> ADIN 6029 STF
> I) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e
> ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.

4.5.6. Objeto

As empresas estatais possuem um duplo objeto. Podem ser exploradoras de atividade econômica, bem como prestadoras de serviço público.

O Estado só poderá instituir as empresas estatais exploradoras de atividade econômica quando for necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

4.5.7. Responsabilidade

Em relação à responsabilidade das empresas estatais (e subsidiariamente do Estado), como também pela solvência de suas obrigações, a doutrina não é uniforme, adotando-se soluções díspares. Para a corrente majoritária, é necessário distinguir a atividade pelas sociedades realizadas.

Exploradora de Atividade Econômica: ela mesma responde por suas obrigações, mas não na forma do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal/88, que trata da responsabilidade objetiva, mas sim subjetivamente, ou seja, havendo necessidade de demonstração de dolo ou culpa (responsabilidade é subjetiva, fundada no Direito Privado). O Estado não tem responsabilidade alguma, não podendo ser acionado nem mesmo subsidiariamente, em razão de a Constituição exigir, de todos que exploram atividades econômicas, a submissão à livre iniciativa.

Prestadora de Serviço Público: possui responsabilidade objetiva. Enquadra-se no parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Assim, reponde em primeiro lugar a sociedade de economia mista, até que se encontrem exauridas as forças do patrimônio desta. O Estado responde de forma subsidiária, ou seja, depois de exaurido o patrimônio da sociedade.

[38] STF na ADI 1.649- DF, Rel. Min. Maurício Corrêa (informativo n.º 341 STF).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4.5.8. Comentários Importantes

ECT possui o pagamento de precatórios, impenhorabilidade de bens e imunidade tributárias em relação ao IPVA e ISS. A imunidade do IPVA também foi alçada para a Infraero.

De acordo com o art. 52, III, f da CR/88, a sabatina do Senado Federal não alcança as pessoas jurídicas de direito privado. Portanto, é inconstitucional a lei que condiciona o provimento de um cargo de direção de uma Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista a sabatina pelo Poder Legislativo.

De acordo com o art. 2º, I da Lei 11.101/05, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não se sujeitam às regras da lei de falências. Portanto, essas empresas não vão à falência, nem estão sujeitas à recuperação judicial ou extrajudicial. Contudo, para a maioria da doutrina, as empresas estatais que explorem atividade econômica poderiam falir e, portanto, seria inconstitucional o dispositivo da lei de falências. Por sua vez, as prestadoras de serviço público não podem falir, em razão do Princípio da Continuidade do Serviço Público.

As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária federativa (art. 150, VI, "a", CF[39]).

Informativo 812: as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório. O caso concreto no qual o STF decidiu isso envolvia uma sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento que prestava serviço público primário e em regime de exclusividade. O STF entendeu que a atuação desta sociedade de economia mista correspondia à própria atuação do Estado, já que ela não tinha objetivo de lucro e o capital social era majoritariamente estatal. Logo, diante disso, o STF reconheceu que ela teria direito ao processamento da execução por meio de precatório. STF. 2ª Turma. RE 852302 AgR/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2015 (Info 812 – Fonte: Dizer o Direito).

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que as decisões judiciais contra o Metrô-DF sejam executadas exclusivamente sob o regime de precatórios (ADPF 524). O entendimento foi pautado justamente no posicionamento da Corte Suprema, em razão de se entender que se trata de sociedade de economia mista que presta serviço essencial em regime de exclusividade e sem intuito lucrativo. Além disso, destacou-se que as operações do Metrô-DF são deficitárias e dependem de investimento público para se viabilizar economicamente.

4.5.9. Diferenças entre Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

Forma Societária

Empresas Públicas – qualquer forma em direito admitida.

Sociedade de Economia Mista – Sempre SA (Sociedade Anônima).

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: PGE-TO Prova: FCC - 2018 - PGE-TO - Procurador do Estado

[39] RE 580264/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 25.8.2010. – Informativo 597 STF.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O Governo do Estado pretende instituir uma entidade dedicada a prestar serviços relacionados ao turismo no Estado e encaminha à Assembleia Legislativa o respectivo projeto de lei autorizativa. Sabe-se que tal entidade terá capital social dividido em quotas. O Governo estadual criará uma

(A) sociedade de economia mista.

(B) autarquia.

(C) fundação de direito privado.

(D) associação pública.

(E) empresa pública.

A resposta da questão é letra E, afinal a empresa púbica pode adotar qualquer forma societária, de modo que o capital social pode ser divido em quotas ou ações. Por outro lado, a sociedade de economia mista só pode ser sociedade anônima, assim o capital social será dividido em ações.

Capital Social

Empresa Pública – Capital 100% público.

Dessa forma, outras entidades de direito público e as entidades da administração indireta podem participar da composição do seu capital. Para que isso ocorra, a maioria do capital votante deve permanecer na propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou do Municípios.

Assim, observa-se que, embora o capital da Empresa Púbica deva ser 100% público, é possível que haja, na composição desse capital, capital de pessoa jurídica de direito privado.

Observa-se o seguinte exemplo:

Uma Empresa Pública X pode ter, na composição de seu capital, 70% do capital integralizado pela União, 20% integralizado por uma Autarquia, 5% integralizado por uma outra Empresa Pública e 5% por uma Sociedade de Economia Mista.

Em relação ao fato de uma Sociedade de Economia Mista integralizar o capital de uma Empresa Pública, a parte do capital que deve integralizar é a parte pública da sociedade de economia mista, para ser mantido o 100% do capital público.

Por fim, salienta-se que se pode ter uma empresa pública unipessoal (formada por capital de apenas uma única pessoa), bem como uma empresa pública pluripessoal (formada por capital de mais de uma pessoa).

Sociedade de Economia Mista – parte do capital público, parte do capital privado. Mas a maioria do capital VOTANTE tem que ser público.

Assim, a sociedade de economia mista só poderá ser pluripessoal.

A sociedade de economia mista pode ser sócia de uma Empresa Pública, mas quem participará da sociedade é a parte do capital público, conforme demonstrado acima.

Foro competente

Empresa Pública Federal – Justiça Federal.

Empresa Pública Estadual ou Municipal – Justiça Estadual.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Sociedade de Economia Mista Federal, Estadual ou Municipal – Justiça Estadual.

OBS.: há casos de improbidade administrativa que podem ser tão graves que poderão repercutir em um dano ao patrimônio do sócio majoritário (União). Dessa forma, haverá o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Estatais e Precatórios: o primeiro ponto diz respeito aos recursos públicos que, vinculados ao orçamento de estatais prestadoras de serviço público essencial, em regime não concorrencial e sem intuito lucrativo primário, não podem ser bloqueados ou sequestrados por decisão judicial para pagamento de suas dívidas, em virtude do disposto no art. 100 da CF/1988, e dos princípios da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF/1988), da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da CF/1988) e da eficiência da administração pública (art. 37, caput, da CF/1988).

Isso significa dizer que as estatais prestadoras de serviço público essencial, em regime não concorrencial e sem intuito lucrativo primário, não podem ter seus bens constritos pelo juízo, tendo em vista que realizarão pagamento por precatório, observando o art. 100 da Constituição.

Em segundo lugar, analisa-se o RE nº 599.628. Na ocasião, o Supremo entendeu que "sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República".

Por outro lado, na ADPF nº 387, entendeu-se ser "aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial."

Lei n.º 13.303/2016: é a Lei das Estatais. Chama-se, de pronto, a atenção para alguns pontos:

O primeiro diz respeito à incidência da Lei das Estatais, que será aplicada tanto para as Prestadoras de Serviço e para as Exploradoras de Atividades Econômicas.

O segundo ponto está relacionado à existência da Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista de Pequeno Porte que são aquelas que, no ano anterior, tiveram receita operacional bruta inferior a R$90 milhões, conforme o art. 1º, §1º da Lei das Estatais:

> **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.
> **§ 1º** O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

Outros artigos importantes dessa lei são o art. 11 (muito cobrado em prova) e o parágrafo único do art. 12:

> **Art. 11.** A empresa pública não poderá:
> I - Lançar debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações;
> II - Emitir partes beneficiárias.
> **Art. 12**. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:
> I - Divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores;
> II - Adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Parágrafo único**. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

5. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1. Administração Pública em sentido Objetivo, Material ou Funcional

- Fomento
- Polícia Administrativa
- Serviço Público
- Intervenção

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Administração Pública, em sentido objetivo, "abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas".

Observa-se, nesse sentido, que a expressão "Administração Pública" designa a própria atividade exercida pelos agentes, órgãos e pessoas, isto é, a própria função administrativa.

OBS.: atividades exercidas.

Fomento: é a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada. Pode-se dar como exemplo, os auxílios financeiros ou subvenções; financiamentos públicos e estímulos fiscais.

Polícia Administrativa: é a atividade que consiste em restrições (limitações) impostas por LEI ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse público.

Serviço Público: é a atividade exercida pela Administração Pública, direta ou indiretamente, para satisfazer às necessidades coletivas.

Intervenção: por fim, a intervenção é a regulação e fiscalização da atividade econômica, assim como a atuação direta do Estado no domínio econômico.

> **SÚMULA Nº 19 STJ** - A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.
> **SÚMULA VINCULANTE Nº 38 STF** - É COMPETENTE O MUNICÍPIO PARA FIXAR O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL.
> **SÚMULA VINCULANTE Nº 49 STF** - OFENDE O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA LEI MUNICIPAL QUE IMPEDE A INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS DO MESMO RAMO EM DETERMINADA ÁREA.

5.2. Administração Pública em sentido Subjetivo/Orgânico/Formal

Nesse sentido, a Administração Pública refere-se aos sujeitos que exercem as atividades administrativas. Compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos.

5.3. Administração Introversa e Extroversa

A Administração Introversa cuida da relação entre os entes da Administração Pública, enquanto a Administração Pública Extroversa trata entre o ente público e os administrados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6. ENTES DE COOPERAÇÃO - 3º SETOR

Antes de adentrar as entidades do 3º setor, urge mencionar os 3 (três) setores da economia.

1° setor, que consiste no Estado (Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta).

2° setor, que consiste no Mercado (concessionárias e permissionárias de serviços públicos).

3° setor, que consiste nos particulares que colaboram com o Poder Público, de modo que não possuem finalidade lucrativa. A sociedade civil (Serviços Sociais Autônomos – Sistema "S", Organizações Sociais – "OS", Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – "OSCIPs", Organizações da Sociedade Civil ("OSCs").

A expressão "terceiro setor" refere-se a entidades privadas da sociedade civil, que atuam sem fins lucrativos, e desempenham atividades de interesse social.

Entidades do "terceiro setor" mantêm um vínculo formal com a Administração Pública.

As entidades supracitadas não prestam serviço público. Prestam serviços privados, de relevante interesse social, **sem fins lucrativos**, e que mantêm vínculo formal com a Administração. No entanto, as entidades do 3° setor não são consideradas como integrantes da Administração Pública.

As entidades do "terceiro setor" recebem recursos públicos, mas também poderão receber recursos privados, por meio de doações de particulares.

6.1. Surgimento do Terceiro Setor

Três fundamentos legitimam a existência do terceiro setor:

Passagem de uma administração pública imperativa para uma administração consensual - seu surgimento marca a ideia de uma administração consensual, que consiste na fase da administração pública em que ela abre suas portas para os particulares, para que eles deem opiniões, contribuições, ajudem na formulação das políticas públicas que afetarão as suas vidas. A audiência pública e a consulta pública são exemplos clássicos da administração consensual. As parcerias feitas entre a administração e os particulares são a concretização da administração consensual. Isso é relevante, especialmente para as provas discursivas e as orais.

Princípio da subsidiariedade – é a ideia do Estado subsidiário. Nas atividades desenvolvidas pelas entidades do 3° Setor, o Estado deve ter uma atuação direta excepcional. A atuação deve ser subsidiária, de fomento, de incentivo aos particulares.

Fomento – o Poder Público deve fomentar e incentivar particulares para atuarem nas áreas das entidades do 3° Setor. Dessa forma, promovendo um Estado subsidiário, com uma administração pública consensual.

6.2. Características do Terceiro Setor

Do ponto de vista organizacional, de estruturação, as entidades do 3° setor não representam grande novidade para a administração pública. O Poder Público já conhece entidades sem fins lucrativos que auxiliam a administração. Pode-se citar as fundações privadas e as associações civis, que são entidades privadas, que não integram o 3° setor, mas que desenvolvem atividades a ele correspondentes.

O que traz grande novidade é a existência de uma qualificação jurídica.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Necessitam de autorização legislativa.

São criadas pela iniciativa privada.

Não possuem finalidade lucrativa.

Não integram a administração.

Prestam serviços de relevante interesse social – são atividades privadas de relevante interesse social. Não é prestação de serviço público propriamente dito.

Possuem um vínculo formal com a administração.

Recebem benefícios públicos – podem ser cessão de servidor, permissão para uso de bem público e recurso orçamentário.

6.3. Entidades do Terceiro Setor

A existência dessas entidades de Terceiro Setor relaciona-se com o intuito do Estado de valorizar a sociedade civil, sem fins lucrativos, criando qualificações jurídicas, de modo a viabilizar o reconhecimento de benefícios públicos e a formação de parcerias com o objetivo de desenvolvimento de atividades de cunho social. O Terceiro Setor é o grande exemplo do Estado valorizando a iniciativa privada sem fins lucrativos.

As entidades do Terceiro Setor estão em um rol exemplificativo. Não se trata de um rol exaustivo e definitivo. Isso porque cada ente federal (União, Estados, DF e Municípios) pode prever qualificações jurídicas próprias e diferentes para entidades do Terceiro Setor. Por isso, não há um rol específico, definitivo e exaustivo dessas entidades.

6.4. Serviço Social Autônomo ou Pessoas de Cooperação Governamental

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado criadas por autorização legislativa e a sua implementação ocorrerá por um particular. Ressalta-se o fato dessas pessoas não integrarem a Administração Pública.

Essas entidades exercem atividade privada de interesse público.

Os serviços sociais autônomos não prestam serviço público. Na verdade, exercem atividade privada de interesse público.

Pelo fato de exercerem atividades de amparo a determinadas categorias profissionais serão remuneradas por contribuições sociais, cobradas compulsoriamente do particular, nos termos do Art. 240, CF/88. Têm, portanto, um caráter de parafiscalidade.

Essas contribuições sociais são instituídas pela União, nos termos do Art. 149 CR/88. Portanto, cabe à União realizar a fiscalização dessas entidades. Porém, isso não impede que os Estados, o DF e os Municípios instituam outras formas de remuneração/custeio a essas entidades.

A autorização legislativa decorre da necessidade de lei para que existam as contribuições sociais. Como são tributos, para serem instituídas e cobradas, dependem de lei. A autorização legislativa, aqui, em nada se refere ao Art. 37, XIX da CF/88, mas sim ao Art. 240, CF/88.

> **Art. 240.** Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o STF, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, perde o caráter de recurso público[40] . Ademais, essas entidades gozam de imunidade tributária, mas não gozam das prerrogativas processuais[41].

Pode-se exemplificar como pessoas de cooperação governamental o SESC, SESI, SENAI e o SENAC.

Há que se observar que são mantidos por contribuições parafiscais, de forma que estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas.

Ademais, não estão sujeitos ao teto remuneratório previsto no art. 37, XI da CR/88. Contudo, o Tribunal de Contas exige que paguem salários compatíveis com os pagos pelo mercado.

Por fim, não precisam realizar licitação, nos moldes estabelecidos na Lei nº 14.133/2021, mas devem seguir os princípios licitatórios, de forma a criar um regulamento próprio para suas contratações[42]. Também não realizam concurso público, nos termos do art. 37, II da CR/88, mas também se faz necessária a observância dos princípios da Administração Pública nas contratações.

6.5. Organizações Sociais

As OS são qualificações ou títulos dados a uma determinada pessoa jurídica. Ninguém nasce com essas qualificações. Elas são requeridas pelo particular.

Essas titulações visam a facilitar as atividades realizadas por essas pessoas. O Poder Público poderá passar a elas: servidores, bens e recursos públicos, de forma também que poderá realizar um controle de seus atos.

A OS é regulada pela Lei n.º 9.637/98 e são idealizadas para substituir atuações de órgãos e entidades públicas, razão pela qual, como será visto adiante, admite-se a cessão de bens e servidores públicos.

O STF tem entendimento no sentido de que é constitucional o ato normativo que concretiza a aplicação dos princípios da Administração Pública (art. 37, caput, da CF/1988) às entidades qualificadas como organizações sociais[43].

De acordo com o art. 1°, o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

A qualificação da entidade como OS é um ato discricionário, haja vista o verbo “poderá”, contido no art. 1º da r. lei, de modo que significa que a qualificação é uma faculdade.

Ademais, o art. 11 estabelece que as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

---

[40] ACO 1953 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.2013, DJe 19.2.2014

[41] STF. ARE 739369 A GR / SC. RELATOR : MIN. LUIZ FUX. Julgamento em 23/06/2013.

[42] Decisão nº 908/1997 do TCU.

[43] [ADPF 559, rel. min. Roberto Barroso, j. 13-6-2022, P, DJE de 23-6-2022.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O instrumento jurídico utilizado para a celebração de uma parceria com uma OS é o chamado contrato de gestão.

6.5.1. Contrato de gestão

O instrumento jurídico celebrado entre o Poder Público e a OS é o contrato de gestão, que vem conceituado no art. 5° da Lei n.º 9.637/98.

> **Art. 5°** Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1°.

O contrato de gestão discriminará a responsabilidade, as obrigações, e as atribuições, tanto do poder público quanto da OS.

A qualificação da OS será feita pelo Ministério pertinente, àquele cujas atribuições digam respeito à OS contratada. Exemplo: se for na área da saúde, a OS será feita com o Ministério da Saúde; sendo na área da educação, Ministério da Educação.

Havia a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de OS, conforme disposto no art. 24, XXIV, da Lei n° 8.666/93.

> **Art. 24.** É dispensável a licitação:
> (...) **XXIV** - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Na Lei n.º 14.133/21 (Nova Lei de Licitações), não há correspondência dessa hipótese de dispensa. Portanto, com a revogação da Lei n° 8.666/93 ao final do ano de 2023, cai também essa hipótese.

De acordo com o art. 7°, Lei n.º 9.637/98, na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

> **I -** especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
> **II -** a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.
> **Parágrafo único.** Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Esse dispositivo não traz o princípio da eficiência de maneira expressa, mas, ainda assim, ele se aplica.

6.5.2. Desqualificação

De acordo com o art. 16, o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nesse sentido, o §1° afirma que a desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

Por fim, o §2° afirma que a desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

6.5.3. Fomento às atividades sociais

De acordo com o art. 12, às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Assim, o § 1° estabelece que são assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

Por sua vez, o § 2° afirma que poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

Ademais, o § 3° apregoa que os bens de que trata esse artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

O art. 13 propõe que os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União, de modo que o parágrafo único estabelece que a permuta dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

De acordo com o art. 14, é facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

O § 1° afirma que não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

Outrossim, nos termos do §2º, não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

Por fim, o § 3° estabelece que o servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

6.5.4. Conselho de Administração

O Conselho de Administração é obrigatório para as OS e sua regulamentação vem a partir do art. 3º da Lei da OS.

De acordo com o art. 3°, o Conselho de Administração deve estruturar-se nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

> **I** - ser composto por:
> **a)** 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;
II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;
III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;
IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;
V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;
VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;
VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;
VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

6.6. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

A OSCIP, por sua vez, é regulada pela Lei n.º 9.790/99.

De acordo com o art. 1°, podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por essa Lei.

Nesse sentido, de acordo com o § 1°, para os efeitos da Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplicam integralmente na consecução do respectivo objeto social.

O § 2° estabelece que a outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.

O art. 2° da Lei da OSCIP é importante, o qual estabelece não serem passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3° desta Lei:

I - as sociedades comerciais;
II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **IX** - as organizações sociais;
> **X** - as cooperativas;
> **XI** - as fundações públicas;
> **XII** - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
> **XIII** - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Por outro lado, de acordo com o parágrafo único, não constituem impedimento à qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público as operações destinadas ao microcrédito realizadas com instituições financeiras na forma de recebimento de repasses, venda de operações realizadas ou atuação como mandatárias.

O tema foi cobrado na prova da PGM – JP.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PGM - João Pessoa - PB Prova: CESPE - 2018 - PGM - João Pessoa - PB - Procurador do Município

Acerca de organização administrativa, órgãos e pessoas jurídicas que a compõem, assinale a opção correta.

D) Fundação vinculada a partido político e voltada para fomento ao desenvolvimento econômico e social não poderá ser classificada como organização da sociedade civil de interesse público.

A assertiva está correta, pois Fundação não pode ser qualificada como OSCIP, conforme previsão da Lei 9.790/99.

> **Art. 5°,** cumpridos os requisitos dos arts. 3° e 4° desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, diferentemente do procedimento adotado em relação às organizações sociais, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:
> **I** - estatuto registrado em cartório;
> **II** - ata de eleição de sua atual diretoria;
> **III** - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;
> **IV** - declaração de isenção do imposto de renda;
> **V** - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

Ademais, de acordo com o art. 6°, recebido o requerimento previsto no artigo anterior, o Ministério da Justiça decidirá, no prazo de trinta dias, deferindo ou não o pedido.

Lembre-se que o ato é vinculado. Assim, preenchidos os requisitos, ele deverá fazer a qualificação.

Nesse sentido, o § 1° afirma que, no caso de deferimento, o Ministério da Justiça emitirá, no prazo de quinze dias da decisão, certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Por outro lado, o § 2° estabelece que indeferido o pedido, o Ministério da Justiça, no prazo do § 1°, dará ciência da decisão, mediante publicação no Diário Oficial.

O § 3° afirma que o pedido de qualificação somente será indeferido quando:

> **I -** a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2° desta Lei;
> **II** - a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3° e 4° desta Lei;
> **III** - a documentação apresentada estiver incompleta.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O Art. 7° estabelece a perda da qualificação da entidade como OSCIP. De acordo com o dispositivo, perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório.

O Art. 9° trata do instrumento jurídico que será celebrado entre o Poder Público e a OSCIP. De acordo com o dispositivo legal, fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3° desta Lei.

Ademais, o art. 15 estabelece que, caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

QUADRO COMPARATIVO		
	ORGANIZAÇÃO SOCIAL	**ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO**
Ato Qualificador	Ato Discricionário – Art. 2º, II – Lei nº 9.637/98	Ato Vinculado – Art. 1º, § 2º - Lei nº 9.790nº 9.790/99
Pacto Firmado com o Poder Público	Contrato de Gestão	Termos de Parceria
Gestão	Poder Público terá necessária participação na gestão da OS	É permitida a participação de servidores na gestão da OSCIP
Licitação com o Poder Público	Na atual lei de licitações não se prevê dispensa de licitação. Na legislação anterior, havia previsão. Veja: Art. 24, XXIV – Lei nº 8.666/93 – Para contratar com uma OS pode haver licitação, mas pode a Administração contratar diretamente, por dispensa de licitação[44].	Art. 23 – Decreto 3.100 – Exige a realização de um concurso de projetos para a escolha da OSCIP.
Atividades	Ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Art. 1º da Lei nº 9.637/98.	Assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; gratuita da educação; gratuita da saúde; defesa, preservação e

[44] ADI 1923 STF – O STF julgou, liminarmente, a constitucionalidade desse dispositivo da Lei de licitações.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

		conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado, entre outras. Art. 3º 9.790/99.
Autoridade Competente para Qualificar	Ministro de Estado pertinente	Ministro da Justiça

7. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL – OSC

A Organização da Sociedade Civil, OSC, é regida pela Lei n.º 13.019/14. Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

> Disposições Preliminares
> Para os fins desta Lei, considera-se:
> **I -** organização da sociedade civil:
> **a)** entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;
> **b)** as sociedades cooperativas previstas na Lei n.o 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.
> **c)** as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;
> **II** - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;
> **III** - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;
> **IV** - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

O tema foi cobrado na PGE AM.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PGM - Manaus - AM Prova: CESPE - 2018 - PGM - Manaus - AM - Procurador do Município. Acerca dos instrumentos jurídicos que podem ser celebrados pela administração pública para a realização de serviços públicos, julgue o item a seguir.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O termo de fomento é o instrumento jurídico adequado para concretizar parceria proposta pela administração pública com organização da sociedade civil para o alcance de finalidades de interesse público e recíproco que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Certo

Errado

A alternativa está errada, pois o conceito trazido na questão é do termo de colaboração. O termo de fomento quem propõe é a própria OSC.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: Prefeitura de Fortaleza - CE Prova: CESPE - 2017 - Prefeitura de Fortaleza - CE - Procurador do Município. Acerca da intervenção do Estado na propriedade, das licitações e dos contratos administrativos, julgue o seguinte item.

No caso de parceria a ser firmada entre a administração pública e organização da sociedade civil, se não houver transferências voluntárias de recursos, deverá ser utilizado o instrumento jurídico estabelecido em lei denominado acordo de cooperação.

Certo

Errado

Alternativa certa, afinal foi o conceito de acordo de cooperação previsto em lei.

> **V** - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; correlatos;

ATENÇÃO:

Não se aplicam as exigências da Lei n.º 13.019/14:

> I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;
> II - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998.
> III - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1o do art. 199 da Constituição Federal;
> IV - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1o do art. 9o da Lei n.o 13.018, de 22 de julho de 2014;
> V - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999
> VI - às transferências referidas no art. 2o da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;
> VII - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por
> a) membros de Poder ou do Ministério Público

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública
c) pessoas jurídicas de direito público interno;
d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;
X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos

7.1. Dos Termos de Colaboração e de Fomento

O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

7.2. Do Procedimento de Manifestação de Interesse Social

É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

A proposta a ser encaminhada à administração pública deverá atender aos seguintes requisitos:

I - identificação do subscritor da proposta;
II - indicação do interesse público envolvido;
III - diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver e, quando possível, indicação da viabilidade, dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida.

Preenchidos os requisitos anteriores, a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema.

A realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não implicará necessariamente na execução do chamamento público, que acontecerá de acordo com os interesses da administração.

A realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não dispensa a convocação por meio de chamamento público para a celebração de parceria.

A proposição ou a participação no Procedimento de Manifestação de Interesse Social não impede a organização da sociedade civil de participar no eventual chamamento público subsequente.

É vedado condicionar a realização de chamamento público ou a celebração de parceria à prévia realização de Procedimento de Manifestação de Interesse Social.

7.3. Do Chamamento Público

Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Art. 24**. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.
> **§ 2º** É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos:
> **I** - a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria;
> **II** - o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.
>
> **Art. 26**. O edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da administração pública na internet, com antecedência mínima de trinta dias.
>
> **Art. 27.** O grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria e, quando for o caso, ao valor de referência constante do chamamento constitui critério obrigatório de julgamento.
>
> **§ 1º.** As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada, nos termos desta Lei, ou constituída pelo respectivo conselho gestor, se o projeto for financiado com recursos de fundos específicos.
> **§ 2º.** Será impedida de participar da comissão de seleção pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público;

Configurado o impedimento, deverá ser designado membro substituto que possua qualificação equivalente a do substituído.

Administração pública homologará e divulgará o resultado do julgamento em página do sítio eletrônico.

Será obrigatoriamente justificada a seleção de proposta que não for a mais adequada ao valor de referência constante do chamamento público.

A homologação não gera direito para a organização da sociedade civil à celebração da parceria.

Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a administração pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada.

Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e aos acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

7.3.1. Da dispensa do chamamento público

A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **I -** no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;
> **II** - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
> **III** - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;
> **IV** - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

7.3.2. Da inexigibilidade do chamamento público

Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

> **I -** o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;
> **II** - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3o do art. 12 da Lei n.o 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.

O termo de fomento, o termo de colaboração e o acordo de cooperação somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da administração pública.

7.4. Da Responsabilidade e das Sanções

Pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas desta Lei e da legislação específica, a administração pública poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil as seguintes sanções:

> **I** - advertência;
> **II** - suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a dois anos;
> **III -** declaração de inidoneidade para participar de chamamento público ou celebrar parceria ou contrato com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II.

As sanções estabelecidas nos incisos II e III são de competência exclusiva de Ministro de Estado ou de Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de dez dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de aplicação da penalidade.

Prescreve em cinco anos, contados a partir da data da apresentação da prestação de contas, a aplicação de penalidade decorrente de infração relacionada à execução da parceria.

A prescrição será interrompida com a edição de ato administrativo voltado à apuração da infração.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8. CONSÓRCIOS PÚBLICOS

8.1. Comentários Iniciais

Os consórcios públicos estão constitucionalmente previstos no art. 241 da CR/88. Este artigo constitucional foi disciplinado pela Lei n.º 11.107/05. Observa-se que esta lei é uma lei de caráter nacional. Dessa forma, é uma lei editada pela União, em sua competência privativa. Estados e Municípios somente podem editar leis sobre consórcios públicos de forma complementar.

Os consórcios públicos visam à realização de objetivos de interesses comuns entre os entes consorciados, promovendo a gestão associada de serviços públicos.

Ademais, os consórcios públicos possuem a natureza jurídica de negócio plurilateral. Observe-se que as partes expressam suas vontades voltadas para finalidades de interesses comuns de todos os consorciados, nos termos do art. 1º da Lei n.º 11.107/05. Pode-se afirmar que estão ao mesmo lado na relação jurídica. Não há, como nos contratos, objetivos opostos.

Ainda, observe que a União somente poderá celebrar consórcio público com município, se o Estado onde se localiza o município fizer parte do consórcio, nos termos do art. 1º, § 2º. Contudo, diferentemente, conforme afirma o art. 14 da Lei n.º 11.107/05, a União poderá celebrar convênios com consórcios constituídos por municípios com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

O tema foi cobrado na PGE AM.

O tema foi cobrado na PGE AM.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PGM - Manaus - AM Prova: CESPE - 2018 - PGM - Manaus - AM - Procurador do Município: Acerca dos instrumentos jurídicos que podem ser celebrados pela administração pública para a realização de serviços públicos, julgue o item a seguir.

A União poderá celebrar convênio com consórcio público constituído por municípios para viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas na área da educação fundamental.

Conforme explicado acima, a alternativa está correta.

O consórcio público APO (autoridade pública olímpica) é um consórcio formado pela União, Estado do RJ e Município do RJ. Nesse sentido, ressalta-se que somente foi possível o consórcio da União com o Município do RJ porque o Estado do RJ está também consorciado.

Nesse sentido, se a União desejar se consorciar com o Município de Belo Horizonte, é obrigatório que o Estado de Minas Gerais também esteja consorciado.

De acordo com o art. 1º, § 2º, os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde – SUS.

Por fim, aplicam-se aos convênios de cooperação, no que couber, as disposições relativas aos consórcios públicos, nos termos do art. 1º, § 4º.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8.2. Formalização

Nos termos do art. 1º, § 1º, o consórcio público é uma pessoa jurídica, que poderá ser de direito público. Neste caso, será chamada de associação pública. Também, o consórcio pode ganhar contornos de pessoa jurídica de direito privado.

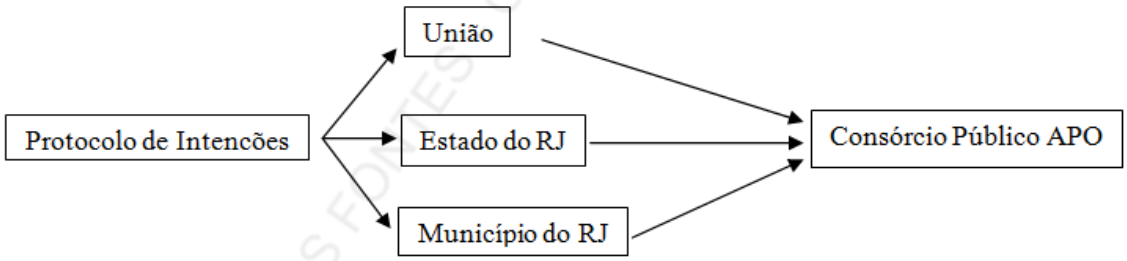
Quando for uma pessoa jurídica de direito público (associação pública), o consórcio integrará a Administração Pública Indireta de todos os entes da federação que estejam consorciados, nos termos do art. 6º, § 1º da lei. Frisa-se que a associação pública é, na verdade, uma autarquia especial.

O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A Lei n.º 11.107/05 estabelece dois requisitos formais para a formação dos consórcios públicos.

Primeiramente, nos termos do art. 3º, deve ser realizado o protocolo de intenções que corresponde, na verdade, ao próprio conteúdo do ajuste firmado entre os entes da federação. Em segundo lugar, firmado esse protocolo de intenções, este deve ser objeto de ratificação por lei de cada ente consorciado. Observe que essa ratificação poderá ser dispensada, caso o ente federado já tenha editado lei disciplinadora de sua participação no consórcio, como afirma o art. 5º, § 4 º da lei dos consórcios.

Assim:



De acordo com o art. 5º, § 2º, a ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

O art. 5º, § 3º estabelece que a ratificação realizada após 2 anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de retirada do ente federado do consórcio. Trata-se de tema disciplinado nos arts. 11 e 12, da Lei n.º 11.107/05, que sofreram alteração por meio da lei 14.662/2023.

Pelo art. 11, a retirada do ente da Federação do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei.

Os bens destinados ao consórcio público pelo consorciado que se retira somente serão revertidos ou retrocedidos no caso de expressa previsão no contrato de consórcio público ou no instrumento de transferência ou de alienação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A retirada ou a extinção de consórcio público ou convênio de cooperação não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos, cuja extinção dependerá do pagamento das indenizações eventualmente devidas.

Por fim, a lei 14.662/2013 trouxe mudanças no artigo 12 e introduziu o art. 12-A para disciplinar as regras para extinção e alteração do contrato de consórcio.

Assim, a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. Por outro lado, a alteração de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado, mediante lei, pela maioria dos entes consorciados

8.3. Contrato de Rateio

Sobre o contrato de rateio imperioso faz-se a leitura do art. 8º e seus parágrafos da Lei n.º 11.107/05.

> **Art. 8º** Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

Em outras palavras, é o pressuposto para que os entes transfiram recursos ao consórcio público.

O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam. Dessa forma, a duração do contrato de rateio será equivalente a 1 ano. Contudo, haverá exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos contemplados no plano plurianual.

Pela existência do contrato de rateio, é nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público. Como regra, as contribuições dadas pelos entes consorciados devem ser estar previstas no contrato de rateio.

É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

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

Por fim, poderá ser excluído do consórcio público, após prévia suspensão, o ente consorciado que não consignar, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio.

8.4. Contrato de Programa

O contrato de programa está previsto no art. 13 da lei dos consórcios públicos. De acordo com este artigo, o contrato de programa será condição de validade da constituição e regulação das obrigações que os entes consorciados assumam para com outros entes consorciados ou para com o próprio consórcio.

O objetivo do contrato de programa é a 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.

De acordo com o art. 13, §3º, é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados. De

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

acordo com Carvalho Filho, "a razão é óbvia: não podem fundir-se numa só pessoa as figuras do ente controlador e do ente controlado, sob pena de extinguir-se o próprio controle".

O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

8.5. Controle pelo Tribunal de Contas

De acordo com o art. 9º, parágrafo único da Lei n.º 11.107/05, o consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

O que está legislado no art. 9º deve ser compreendido da seguinte maneira: que o Tribunal de Contas de cada ente consorciado é legítimo para realizar o controle da parte financeira corresponde ao seu ente consorciado.

8.6. Comentários Finais

Importante observar o previsto no art. 1º, § 1º da Lei de consórcios. De acordo com este dispositivo legal, o consórcio poderá:

> Firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;
> Promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e
> Ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

O tema consócio público também foi cobrado na PGM São Bernardo do Campo.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: VUNESP Órgão: Prefeitura de São Bernardo do Campo - SP Prova: VUNESP - 2018 - Prefeitura de São Bernardo do Campo - SP - Procurador

O consórcio público (Lei n.°n.º 11.107/2005) pode ser considerado como uma das formas que pode tomar a Administração Indireta, servindo à conjugação de interesses e à organização da ação entre diferentes entes da federação. A esse respeito, é correto afirmar que:

(A) a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

(B) o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, após registro no cartório de pessoas jurídicas do território de todos os entes que o componham.

(C) os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de investimento, o qual deverá prever prazo de vigência mínima de 5 (cinco) anos.

(D) os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A resposta é letra A, afinal trata-se da literalidade do art. 1º, §2 º, da Lei 11.107/2005.

A letra B está errada, pois o consórcio pessoa jurídica de direito público não necessita de registro no cartório de pessoas jurídicas. Basta a edição de lei.

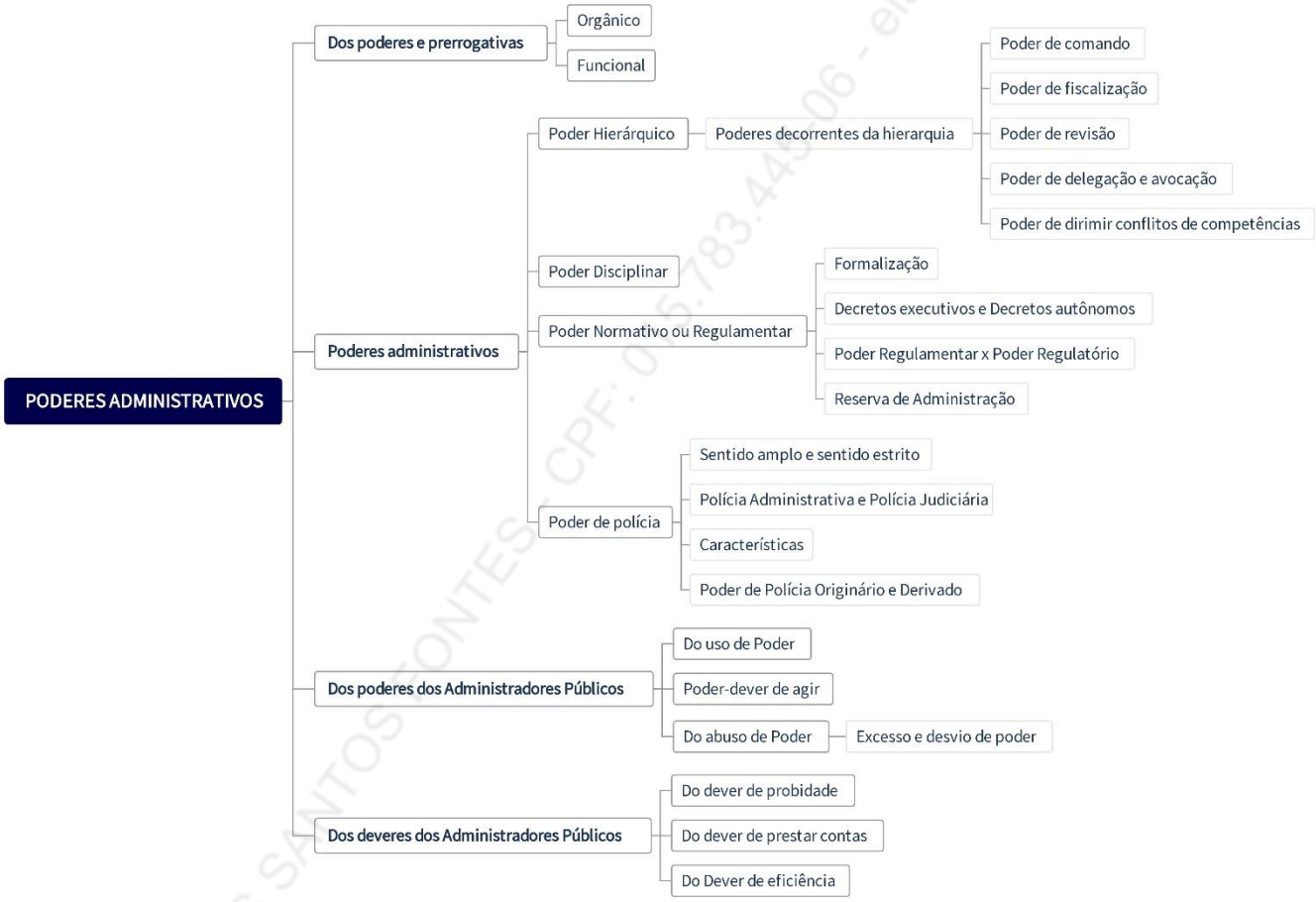
A letra C está errada, uma vez que os entes consorciados entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

A letra D está equivocada, haja vista o art. 10, parágrafo único da Lei 11.107/2005, que afirma que os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3 PODERES ADMINISTRATIVOS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. DOS PODERES, DEVERES E PRERROGATIVAS

Antes de adentrarmos no estudo dos poderes administrativos, faz-se necessário pontuar que existem dois tipos de poderes:

Orgânico: centro de imputação do Poder estatal (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) (direito constitucional).

Funcional: modo de exercer a função administrativa (poderes normativos, administrativos e jurisdicionais).

Os poderes aqui contemplados que iremos estudar são os poderes funcionais.

O poder público atua no mundo jurídico por meio dos agentes públicos. São eles que concretizam, na prática, a vontade da administração pública.

Dessa forma, o ordenamento jurídico tem de concedê-los certas prerrogativas peculiares à sua qualificação de agentes públicos, de modo que essas prerrogativas se tornam indispensáveis à obtenção dos fins públicos.

Contudo, percebe-se que, ao mesmo tempo em que é dado poderes, o ordenamento jurídico impõe deveres para os agentes públicos. O exercício dos poderes administrativos não é uma faculdade do agente público, mas uma obrigação de atuar; por isso, a omissão no exercício desses poderes poderá ensejar a responsabilização do agente público nas esferas cível, penal e administrativa.

2. PODERES ADMINISTRATIVOS

São os meios, os instrumentos para fazer valer a supremacia do interesse público. São poderes administrativos o Poder Hierárquico, o Poder Disciplinar, o Poder Normativo e o Poder de Polícia.

2.1. Poder Hierárquico

O poder hierárquico é o poder de escalonar as funções entre seus órgãos, e agentes da mesma entidade. O objetivo desse poder é organizar a função administrativa, de maneira a permitir a atuação isonômica e hierarquizada dos agentes púbicos.

O poder hierárquico também possibilita, em razão da hierarquia formada, ordenar e rever a atuação dos agentes de determinado órgão.

O poder estudado não tem o poder de punir nenhum servidor ou particular submetido ao vínculo administrativo. Essa prerrogativa decorre do poder disciplinar.

Observação: no âmbito do Poder Judiciário e Legislativo, não existe hierarquia, no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções judicantes e às legislativas. Observa-se que, em relação a esses poderes, a hierarquia acontece apenas na sua função administrativa.

2.1.1. Poderes Decorrentes da Hierarquia

I – Poder de Comando

O poder de comando, decorrente do poder hierárquico, consiste no comando em que os órgãos e agentes superiores exercem sobre os de hierarquia inferior. Observe que os órgãos e agentes de hierarquia

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

inferior possuem o dever de obediência em cumprir as determinações superiores, salvo se manifestamente ilegais[45].

II – Poder de Fiscalização

Esse poder consiste na possibilidade de o agente hierarquicamente superior fiscalizar as atividades desempenhadas pelo agente hierarquicamente inferior. Ressalta-se que a fiscalização pode recair sobre critérios e legalidade, assim como em critérios de mérito administrativo, isto é, se o agente pratica o ato de acordo com as diretrizes fixadas pelo órgão.

III – Poder de Revisão

Este poder consagra a possibilidade dos atos dos agentes públicos serem revistos por uma autoridade. Explicita-se que a revisão desses atos pode ocorrer por meio das anulações (ato ilegal) ou por revogação (atos inoportunos ou inconvenientes), seja de ofício, seja mediante provocação dos interessados. Neste último caso, tem-se os chamados recursos hierárquicos[46].

O recurso hierárquico pode ser próprio ou impróprio. Aquele consiste na revisão do ato pela autoridade hierarquicamente superior àquela que praticou o ato. Por sua vez, este consiste na revisão do ato por uma autoridade que não é hierarquicamente superior ao agente emissor do ato. Na verdade, a autoridade que irá rever o ato não se encontra na mesma estrutura funcional que o agente que praticou o ato e depende de previsão legal, como será detalhado no capítulo referente ao controle da Administração Pública.

IV - Poder de Delegação e Avocação

O poder de delegação consiste na transferência de atribuições, de competências legais. Essa transferência pode ocorrer para um outro agente da mesma hierarquia ou para outro de hierarquia inferior. Observa-se que somente neste último caso, a delegação é decorrente do poder hierárquico.

Por sua vez, o poder de avocação é o inverso da delegação. Em outras palavras, na avocação o agente hierarquicamente superior chama para si atribuições do agente hierarquicamente inferior.

V – Poder de Dirimir Conflitos de Competências

Caso haja um conflito positivo, isto é, dois ou mais agentes que se entendam competentes para a prática do ato, ou um conflito negativo, ou seja, dois ou mais agentes que se entendam incompetentes, a autoridade superior tem a prerrogativa de estabelecer qual é o agente competente.

2.2. Poder Disciplinar

O poder disciplinar consiste na apuração de infrações administrativas, assim como na imposição de penalidades (quando necessário) aos servidores e demais pessoas que estejam submetidas à disciplina administrativa.

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96

[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p .96

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observe que o poder disciplinar decorre do poder hierárquico. Contudo, as sanções não decorrem deste poder, sendo derivadas daquele poder.

Aplicar a penalidade, quando for caso para isso, é ato obrigatório para o administrador público, ou seja, consiste em ato vinculado. Por sua vez, qual penalidade será aplicada depende da discricionariedade administrativa.

Nesse sentido, temos a Súmula 650 do STJ, segundo a qual, a autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caraterizadas as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90.

Embora a súmula fale sobre a demissão no âmbito da Lei n.º. 8.112/1990, pode-se aplicar a mesma lógica para todo e qualquer estatuto que prever que determinada situação levará à demissão. Não há discricionariedade para aplicar outra penalidade: a demissão deverá ser aplicada.

Atente-se que particulares podem sofrer a incidência do poder disciplinar. Para isso, exige-se uma relação de sujeição especial, isto é, a exigência de um vínculo específico (aqueles que se sujeitam à disciplina administrativa). Aqui, tem-se, como exemplo, o estudante de uma escola pública, bem como a empresa contratada para realizar uma obra pública.

Diferente, no poder de polícia, o particular terá uma sujeição geral, não necessitando de um vínculo específico com a Administração Pública.

Por fim, em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: DPE-AM Prova: FCC - 2018 - DPE-AM - Defensor Público -– Reaplicação.

Entre os poderes próprios da Administração, o que está subjacente à aplicação de sanções àqueles que com ela contratam, corresponde ao poder

(A) disciplinar.

(B) regulamentar.

(C) de polícia.

(D) hierárquico.

(E) de tutela.

Diante da explicação acima trazida, a resposta correta é o poder disciplinar.

2.3. Poder Normativo ou Regulamentar

Por estese poder, a Administração tem a prerrogativa de regulamentar, complementar e dar fiel execução à lei.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Veja que a prerrogativa do poder público consiste em regulamentar e complementar a lei; dessa forma, não pode a Administração inovar a ordem jurídica, criando algo que a lei não autorizou. Caso assim proceda, a administração invadirá a competência do Poder Legislativo, atuando, portanto, com abuso de poder regulamentar.

Com o exercício do poder regulamentar, a Administração Pública realiza o **ROGAI.**

Regras

Obrigatórias

Gerais

Abstratas

Impessoais

Em outras palavras, "ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce inegavelmente função normativa, porquanto expede normas de caráter geral e com grau de abstração e impessoalidade"[47].

Os atos normativos podem ser divididos em atos originários e derivados. Os primeiros são aqueles atos emanados pelo Poder Legislativo, isto é, de um órgão estatal com competência própria, outorgada pela própria Constituição da República. Por sua vez, os segundos são aqueles que objetivam explicar ou especificar um conteúdo normativo já existente. Dessa forma, o poder regulamentar, por óbvio, produz os atos normativos derivados.

2.3.1. Formalização e Classificações

A forma de exteriorização do poder regulamentar ocorre por meio dos decretos e regulamentos. A Constituição da República outorgou essa prerrogativa, basicamente, aos Chefes do Poder Executivo dos entes federados. Contudo, autoridades administrativas também praticam atos normativos, como as instruções normativas, resoluções e portarias.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar algumas diferentes classificações.

Quanto aos efeitos: existem dois tipos de regulamentos quanto aos efeitos: regulamento jurídico (ou normativo) e regulamento administrativo (ou de organização).

Regulamentos jurídicos (ou normativos): são aqueles editados com fundamento em uma relação de supremacia estatal geral, afetando os cidadãos indistintamente (ex.: regulamentos expedidos com fundamento no poder de polícia).

Regulamentos administrativos (ou de organização): são aqueles que estabelecem normas sobre a organização administrativa ou que afetam apenas os particulares que se encontram em relação de sujeição especial com a Administração, ou seja, não são terceiros estranhos à organização e atuação administrativa (ex.: regulamentos expedidos no exercício do poder hierárquico e do disciplinar, tais como os regulamentos que versam sobre a prestação de serviço público concedido ou a utilização de repartições públicas).

[47] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Quanto à validade: são os regulamentos próprios do poder regulamentar.

Regulamentos executivos (decreto regulamentar ou de execução): são editados com fundamento na lei e necessários para sua fiel execução (art. 84, IV, da CF/88); é o poder regulamentar propriamente dito – edição de decretos para regulamentar a lei.;

Regulamentos autônomos: possuem fundamento direto na Constituição e inovam na ordem jurídica, não havendo, portanto, a intermediação legislativa.

Os regulamentos autônomos merecem uma atenção especial e tem como grande exemplo o exposto no art. 84, VI, a e b da Constituição:

> **Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> VI-Dispor, mediante decreto, sobre:
> a) Organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> b) Extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos:

O que se discute, entretanto, é a constitucionalidade do regulamento autônomo, havendo dois entendimentos, quais sejam: inconstitucional e constitucional.

Inconstitucional: seria inconstitucional por uma concepção liberal-tradicional de que a Administração só poderia atuar por lei.

Constitucional: seria constitucional com fundamento na teoria dos poderes implícitos, uma vez que a Administração tem a prerrogativa de suprir as omissões do Legislativo por meio da edição de regulamentos que visem a concretização de seus deveres constitucionais.

Em uma questão objetiva, orienta-se posicionar pela segunda corrente.

Há também os regulamentos autônomos fora do Poder Legislativo, como exemplo:

a) art. 84, VI, "a" e "b", da CF/88, alterado pela EC 32/2001: Compete ao presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da Administração desde que não haja aumento de despesa, nem criação e extinção de órgãos e, ainda, a possibilidade de extinção das funções ou cargos, quando vagos.

b) art. 103-B, § 4.9, 1, da CF/88, inserido pela EC 45/2004: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui poder normativo, consubstanciado na prerrogativa de "expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências." (o STF, por ocasião do julgamento da ADC 12, considerou constitucional a Resolução 7/2005 do CNJ, editada com fundamento direto na Constituição).

c) art. 130-A, § 2.º, I, da CF/88, inserido pela EC 45/2004: o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no exercício de seus poderes normativos, assim como o CNJ, pode "expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências".

Regulamentos autorizados (ou delegados): são editados no exercício de função normativa delimitada em ato legislativo.

Regulamentos de necessidade: são aqueles produzidos em situações de urgência (estado de necessidade administrativo).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2.3.2. Decretos Executivos e Decretos Autônomos

Os decretos executivos, de fato, são aqueles que contém normas para complementar e dar fiel execução à lei. Eles não podem estabelecer "normas contra legem ou ultra legem"[48].

Por sua vez, os decretos autônomos ou independentes inovam na ordem jurídica, haja vista que estabelecem normas não disciplinadas em lei. Muitos doutrinadores criticam a existência desses decretos, afirmando que seria inconstitucional por violar o art. 5, II da CR/88, isto é, o princípio da Legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei).

De toda sorte, cabe o registro de que o art. 84, VI da CR/88 estabelece um decreto com poderes maiores. Veja:

> **Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:
> VI - dispor, mediante decreto, sobre:
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

2.3.3. Poder Regulamentar x Poder regulatório

O poder regulamentar não se confunde com o poder regulatório, sendo feito o seguinte quadro para diferenciação:

PODER REGULAMENTAR	PODER REGULATÓRIO
Competência privativa do chefe do Executivo (art. 84, IV, da CRFB);	Competência atribuída às entidades administrativas, com destaque para as agências reguladoras (art. 174 da CRFB);
Envolve a edição de normas gerais para fiel cumprimento da lei; visa dar fiel execução à lei; Competência privativa do chefe do Executivo (art. 84, IV, da CRFB);	Engloba o exercício de atividades normativas, executivas e judicantes; irá regular, fomentar e incentivar determinadas atuações dentro da Administração Pública ou até mesmo entre particulares Competência atribuída às entidades administrativas, com destaque para as agências reguladoras (art. 174 da CRFB);
Envolve a edição de normas gerais para fiel cumprimento da lei; visa dar fiel	Engloba o exercício de atividades normativas, executivas e judicantes; irá

[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

execução à lei;	regular, fomentar e incentivar determinadas atuações dentro da Administração Pública ou até mesmo entre particulares
Conteúdo político	Conteúdo técnico

2.3.4. Reserva de Administração

Trata-se do núcleo funcional da administração "resistente" à lei – são temáticas/pontos que não serão tratados em lei, mas sim por meio de atos/decretos/outros atos que não a lei. Por isso, se fala sobre "resistência à lei".

O tratamento de algumas matérias fica restrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública, não sendo lícita a ingerência do Poder Legislativo.

Reserva geral de administração: fundamenta-se no princípio da separação de poderes e significa que a atuação de cada órgão estatal não pode invadir ou cercear o "núcleo essencial" da competência dos outros órgãos, cabendo exclusivamente à Administração executar as leis, especialmente no exercício da discricionariedade administrativa.

Reserva específica de administração: quando a Constituição destaca determinadas matérias, submetendo-as à competência exclusiva do Poder Executivo.

2.4. Poder de Polícia

Pelo poder de polícia, a Administração Pública irá restringir o exercício de direitos individuais, com o intuito de beneficiar toda a coletividade. "De um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia[49]".

Este poder é fundamentado pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Nos termos do art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN), considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

De acordo com o mesmo diploma legal (CTN), o poder de polícia é fato gerador das TAXAS.

QUESTÃO DE CONCURSO

[49] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p..120

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ano: 2018. Banca: IESES Órgão: TJ-CE Prova: IESES - 2018 - TJ-CE - Titular de Serviços de Notas e de Registros -– Remoção.

A atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público é denominada de:

(A) Poder de polícia.

(B) Poder discricionário.

(C) Poder disciplinar.

(D) Poder hierárquico.

Diante do conceito trazido no art. 78, do CTN, a atividade conceituada acima refere-se ao Poder de Polícia.

2.4.1. Sentido Amplo e Sentido Estrito

A expressão poder de polícia pode ser entendida em dois sentidos, um amplo e outro estrito.

O primeiro refere-se à "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos[50]". Portanto, abrange atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

O segundo refere-se às "intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais[51]" . Portanto, abrange atos do Poder Executivo apenas.

Diante disso, a edição de atos normativos pode decorrer do poder de polícia.

2.4.2. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

A polícia administrativa atua no âmbito administrativo, de maneira que se pode dizer ser o ilícito administrativo. Diferente, a polícia judiciária atua quando o ilícito é penal. Ademais, aquela se rege pelo direito administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades. Esta, por sua vez, rege-se pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.

Ainda, a polícia administrativa é exercida por vários órgãos da administração pública, como os vários órgãos de fiscalização (os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho e previdência). Diferente, a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas, isto é, típico da polícia civil e da polícia militar.

A polícia administrativa possui caráter eminentemente preventivo. Contudo, os agentes da polícia administrativa também agem de forma repressiva, por exemplo, quando interditam um estabelecimento comercial ou cassam a licença de um motorista.

[50] Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.p 809.

[51] Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.p 809.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A polícia judiciária, por sua vez, possui caráter eminentemente repressivo, uma vez que se destina à responsabilizar penalmente o indivíduo. Contudo, eventualmente, a polícia judiciária pode atuar de forma preventiva, no intuito de ser evitada a prática de delitos.

POLÍCIA ADMINISTRATIVA	POLÍCIA JUDICIÁRIA
Ilícito Administrativo	Ilícito Penal
Exercida por vários órgãos	Exercida por corporações especializadas
Objeto: Bens, direitos e atividades.	Objeto: O indivíduo
Atuação, em regra, preventiva	Atuação, em regra, repressiva.

2.4.3. Características

O Poder de Polícia possui **DICA**: o poder de polícia é **D**iscricionário, como regra. É dotado de **I**mperatividade ou **C**oercibilidade. Além de ter **A**utoexecutoriedade.

Percebe-se que, em regra, o poder de polícia possuirá uma discricionariedade, ou seja, certa margem de liberdade de apreciação; haverá uma análise de oportunidade e conveniência nas escolhas do administrador público. O ato da Autorização é o ato do poder de polícia discricionário.

Contudo, haverá momentos em que o poder de polícia poderá se concretizar de forma vinculada. Em outras palavras, a lei prevê todos os requisitos necessários para a prática do ato, motivo pelo qual, caso o administrado comprove os requisitos, a Administração é obrigada a praticar o ato.

A imperatividade ou coercibilidade é o atributo pelo qual o ato de polícia se impõe a terceiros, de forma unilateral, independentemente de sua concordância. É o atributo que permite ao Poder Público impor obrigações às pessoas. É chamado de "poder extroverso". Não obstante, haverá momentos em que os atos de polícia não serão imperativos, pois dependerão da aceitação do particular. Nesse caso, configuram-se os atos de consentimento, como as licenças, autorizações e permissões.

A autoexecutoriedade é o atributo pelo qual o ato administrativo ocorrerá sem a autorização do Poder Judiciário. Em outras palavras, o ato administrativo PRESCINDE (não precisa) da autorização do Poder Judiciário. Todavia, observe que a autoexecutoriedade não está presente em todos os atos de polícia. Pode-se dar como exemplo a cobrança de multa.

OBS.:

1) A administração pública pode condicionar a liberação de veículo ao pagamento de multas de trânsito vencidas.

2) Contudo, de outro lado, a autoexecutoriedade de certos atos de poder de polícia é limitada, não sendo possível que a administração, por exemplo, condicione a liberação de veículo retido por transporte irregular de passageiros ao pagamento de multa anteriormente imposta (Súmula 510 STJ).

3) Diante do risco à saúde da população, as mercadorias com prazo de validade expirado poderão ser imediatamente apreendidas, mesmo antes da abertura de processo administrativo e sem prévio contraditório do proprietário do estabelecimento.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2.4.4. Poder de Polícia Originário e Poder de Polícia Derivado

O poder de polícia originário é aquele pertencente às pessoas políticas da federação, ou seja, pertencentes à Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). "Trata-se aqui do poder de polícia originário, que alcança, em sentido amplo, as leis e os atos administrativos provenientes de tais pessoas"[52] .

O poder de polícia derivado consiste no poder delegado às entidades da administração pública indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista). Entretanto, cumpre observar que é indispensável, para a validade da delegação, que ela seja feita por meio de lei formal, isto é, expedida pelo Poder Legislativo.

Atente-se que Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, bem como a Fundação Pública de Direito Privado, exercem o poder de polícia simplesmente na modalidade fiscalizatória. Não cabe a tais entidades exercer o poder de polícia na modalidade de criação das normas restritivas.

Portanto, explicita-se que devem ser cumpridos 3 (três) requisitos:

1º) A pessoa jurídica deve integrar a Administração Pública Indireta.

2º) A competência delegada deve ter sido conferida por lei.

3º) O poder de polícia há de se restringir à prática de atos fiscalizatórios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito privado.

2.4.5. Poder de Polícia e Delegação para Pessoas Jurídicas de Direito Privado - Decisão STF - RE 633782

Tese de Repercussão Geral.:

"É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial".

Histórico das decisões de Poder de Polícia:

1) STF - poder de polícia é indelegável a pessoas jurídicas privadas. (tese que hoje deve ser relida com o novo julgamento. Trata-se de pessoas jurídicas de Direito Privado NÃO integrantes da Administração Pública).

2) STJ – Bloco de Polícia

Apenas os atos de consentimento e fiscalização podem ser delegados aos particulares. Aqui, deve ser entendido, como pontuado acima, como as pessoas jurídicas de Direito Privado NÃO integrantes da Administração Pública.

[52] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.80.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3) STF - É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

Nesse sentido, para compreendermos a decisão do Supremo Tribunal Federal, é preciso entender as decisões do STF acerca das EP e SEM.

CR/88 – Estabelece o Regime de Direito Privado, parcialmente derrogado por normas de Direito Público – art. 173, da CR/88

STF diferencia as EP e SEM prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica.

> As empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, embora sejam figuras jurídicas classificadas como pessoas de direito privado, possuem características que identificam traços de natureza jurídica híbrida ,híbrida, que ora se aproximam do regime de direito público, ora se afastam. A classificação, por conseguinte, dessas entidades como pessoas jurídicas de direito privado, não possui o condão de dissocia-las, de modo absoluto, de incidências do regime de direito público, em razão de sua atuação destinada à prestação de serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado a tese de "autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço públicos" ou "feições autárquicas" (Gustavo Binenbojm).

Ex.: as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório.

Ex.2: Equiparação dos Correios à Fazenda Pública.

O STF enfrentou a tese da indelegabilidade do Poder de Polícia às Pessoas Jurídicas de Direito Privado.

Fundamenta-se em quatro pilares argumentativos:

(i) Ausência de autorização constitucional;

(ii) Indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício;

(iii) Impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia, por ser atividade típica de Estado, e

(iv) Incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa .

No julgamento, o STF afastou todos os pilares acima, de modo a permitir a delegação do Poder de Polícia para as Pessoas Jurídicas de Direito Privado nos moldes fixados na tese de repercussão geral, como se verifica abaixo.

(i) Ausência de autorização constitucional:;

> Não se sustenta a lógica da indelegabilidade por ausência de permissivo constitucional. É que o regime jurídico híbrido das estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio é plenamente compatível com a delegação, nos mesmos termos em que se admite a constitucionalidade do exercício delegado de atividade de polícia por entidades de regime jurídico de direito público.
> [...] tem-se como possível o exercício de uma função de Estado (poder de polícia) por uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta prestadora de serviço público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

(ii) indispensabilidade da estabilidade do serviço público para o seu exercício:;

> [...] vale lembrar que nem todos os servidores estatutários possuem estabilidade. Os ocupantes de cargos em comissão não possuem tal garantia, sendo, inclusive, demissíveis ad nutum . Além deles, os servidores em estágio probatório também não contam com a estabilidade até o término do período de prova. Todavia, essas peculiaridades não deslegitimam a prática atos derivados do poder de polícia.

(iii) impossibilidade de delegação da prerrogativa da coercibilidade, atributo intrínseco ao poder de polícia, por ser atividade típica de Estado:

> Em relação às estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime de monopólio, não há razão para o afastamento do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, sob pena de esvaziamento da finalidade para a qual aquelas entidades foram criadas.

(iv) incompatibilidade da função de polícia com finalidade lucrativa:

> As estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado não exploram atividade econômica em regime de concorrência. A razão é óbvia: a atuação típica do Estado não se dirige precipuamente ao lucro. É dizer, se a entidade exerce função pública típica, a obtenção de lucro não é o seu fim principal.
> A possibilidade de ocorrem abusos de poder no exercício do poder de polícia delegado. É certo que eventuais abusos não decorrem, exclusivamente, da atuação de pessoas jurídicas de direito privado, mas também de pessoas jurídicas de direito público. Fato é que os abusos devem ser, constantemente, apurados e reprimidos pelo Estado, de modo a diminuir a sua incidência.

ATENÇÃO

Cumpre ressaltar a única fase do ciclo de polícia que, por sua natureza, é absolutamente indelegável: a ordem de polícia , ou seja, a função legislativa. Os atos de consentimento, de fiscalização e de aplicação de sanções podem ser delegados a estatais que, à luz do entendimento desta Corte, possam ter um regime jurídico próximo daquele aplicável à Fazenda Pública.

3. DOS PODERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

3.1. Do uso do Poder

Os poderes concedidos aos agentes públicos representam verdadeiras prerrogativas, isto é, vantagens lícitas, outorgadas aos agentes estatais. Nesse sentido, tais poderes devem ser usados pelos agentes públicos, afinal seu exercício irá beneficiar toda a coletividade.

Contudo, a utilização desses poderes esbarra nos limites legais, isto é, nos limites impostos pelas leis. Em outras palavras, o uso do poder é a utilização normal das prerrogativas conferidas pelas leis aos agentes públicos[53].

[53] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Poder-Dever de Agir

Em Direito Administrativo, a ideia de poder não se identifica com uma faculdade de uso das suas funções. Como visto anteriormente, a atuação dos agentes públicos beneficiará toda a coletividade, motivo pelo qual, os poderes a eles conferidos devem ser utilizados. Por isso, é adequado falar em "poder-dever".

Assim, algumas consequências devem ser registradas, quais sejam:

(a) os poderes são irrenunciáveis;

(b) devem ser obrigatoriamente exercidos pelos agentes públicos titulares.

Em outras palavras, importantes são as palavras do professor Hely Lopes Meirelles: "se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade[54]."

É importante ressaltar que os agentes públicos, portanto, têm o poder-dever de agir, isto é, o administrador público deve ter uma conduta comissiva, uma ação. Em outras palavras, entende-se que a omissão será considerada uma conduta ilegal.

Importante excepcionar a situação das chamadas omissões genéricas, as quais se caracterizam pela avaliação de oportunidade e conveniência que o administrador possui para adotar a ação.

Pode-se dar como exemplo as políticas de administração, como as construções de obras públicas. A omissão, em um primeiro momento, não se torna ilegal, afinal, o administrador público escolherá o momento mais propício para implementá-las.

Diante disso, as omissões que se configuram ilegais são as específicas, ou seja, aquelas impostas pela lei como um dever de fazer do administrador público em prazos determinados[55], ou ainda, mesmo sem prazo certo, o poder público continua omisso em período superior ao razoavelmente aceito.

3.3. Do abuso do Poder

Como já visto acima, a atuação dos agentes públicos deve ser pautada pelos limites impostos pela lei. Caso contrário, o administrador público praticará uma conduta abusiva, não merecedora de aceitação no ordenamento jurídico.

3.3.1. Excesso e Desvio de Poder

O abuso de poder é gênero, do qual são espécies o excesso de poder e o desvio de poder.

Em relação ao excesso de poder, o agente público atuou fora dos limites de sua competência. Ele extrapolou aquilo que a lei lhe conferiu.

[54] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, São Paulo, Malheiros: 2003, p. 82 e 83.

[55] Observe o artigo 167 da Lei 8122/90, o qual dispõe o prazo para a autoridade competente julgar o processo administrativo disciplinar:

Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por sua vez, quando se falar em desvio de poder, o agente atuou dentro das suas funções, contudo, afastou-se da finalidade pública que deve ser o norte da sua atuação.

Tais condutas abusivas irão refletir no tema "Ato Administrativo". O excesso de poder é um vício que incidirá no elemento COMPETÊNCIA, afinal, o agente público praticou um ato fora da sua competência. Por sua vez, o desvio de poder, também chamado de desvio de finalidade, incidirá no elemento FINALIDADE, uma vez que o agente não alcançou o interesse público, a finalidade pública.

4. DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

4.1. Do Dever de Probidade

Dever extremamente importante é o de probidade dos administradores públicos. Os agentes públicos devem atuar sempre embasados pelo Princípio da Moralidade, seja relacionado ao administrado, seja relacionado à própria administração pública.

É por meio do dever de probidade que o administrador público é proibido de cometer nepotismos e conceder vantagens ilícitas a determinadas pessoas, devendo escolher aquilo que melhor servir à administração pública.

São exteriorizações do dever aqui estudado o concurso público e a licitação. Para ilustrar, importantes são as palavras do professor José Santos Carvalho Filho[56]: "O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública".

O desrespeito a esse dever acarreta uma das consequências mais graves para os agentes públicos, a **improbidade**[57], que, de acordo com o art. 37, § 4º da CR/88, acarretará a perda da função pública, a **suspensão** dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, Além da ação penal cabível, se for o caso.

4.2. Do Dever de Prestar Contas

Os administradores públicos, por óbvio, fazem a gestão da coisa pública. Toda vez que alguém administra algo que não é dele deve realizar a prestação de contas da sua administração. Isso ganhar maior relevância quando se trata de gestão dos interesses de toda a sociedade, de toda a coletividade.

O administrador público pode prestar contas internamente, ou seja, dentro da Pessoa Jurídica a qual esteja vinculado, por meio dos órgãos destinados a esse fim.

Ainda, a prestação de contas pode acontecer externamente. Esta prestação ganha maior relevância em Direito Administrativo, haja vista que esse controle é feito pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas, conforme dispõe o art. 71 da CR/88[58].

[56] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 66

[57] O tema improbidade administrativa está previsto no art. 37, § 4º da CR/88 e disciplinado pela Lei nº 8429/92

[58] Art. 71, CF. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Importante dizer que o dever de prestar contas não é dever apenas dos administradores públicos dos Entes federados, mas também dos administradores vinculados à Administração Pública Indireta, assim como de todos os outros que recebam verbas públicas.

4.3. Do Dever de Eficiência

Outro dever importante do administrador público é o dever de eficiência. Esse dever recai sobre a qualidade da prestação dos serviços públicos e da atividade pública em geral.

Não basta que as atividades estatais sejam prestadas, elas devem ser prestadas com qualidade, com perfeição técnica, com celeridade.

Em razão do dever de eficiência, a EC n.º 19/98, trouxe para o rol dos princípios expressos, o princípio da eficiênci

---

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

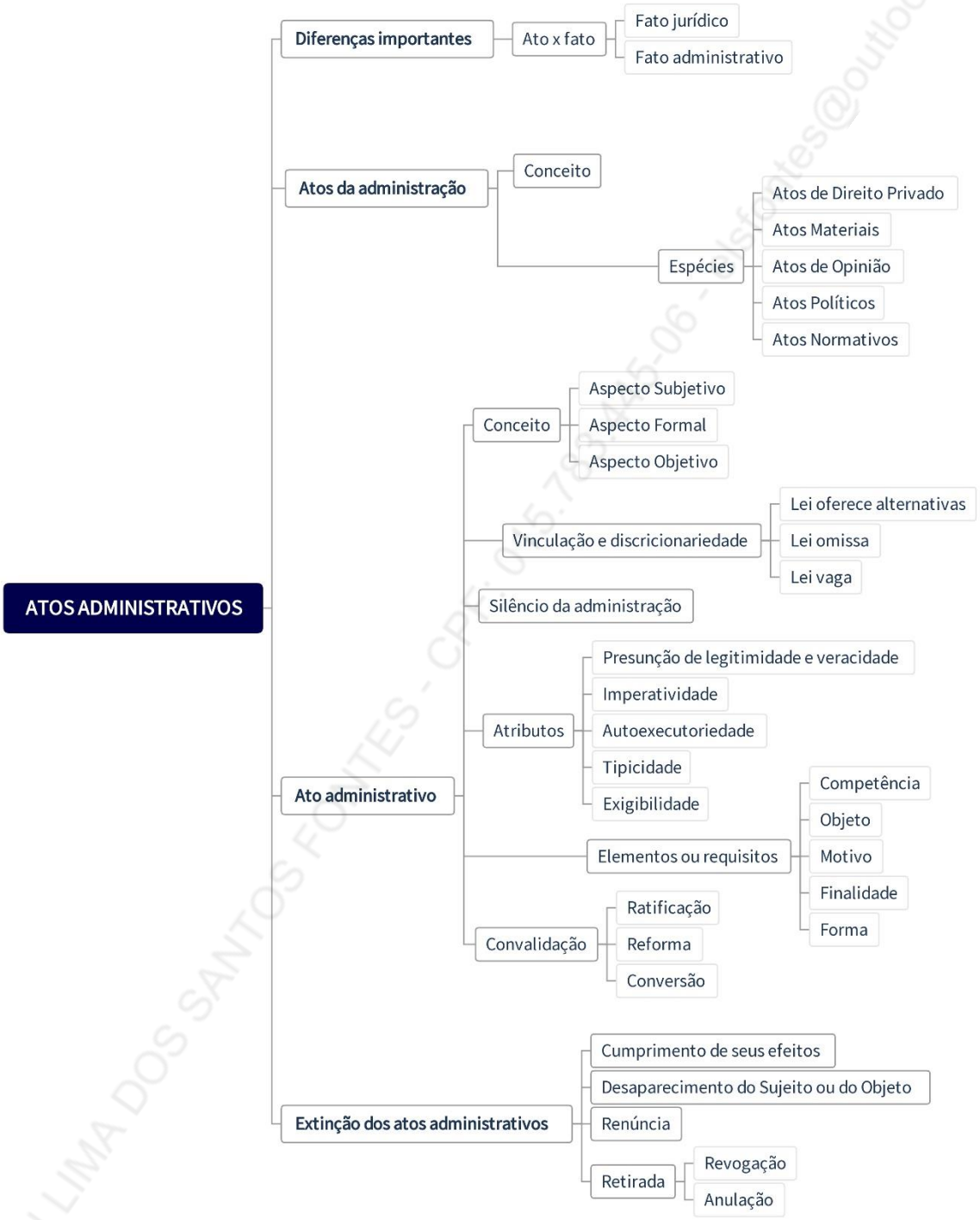
§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p 68

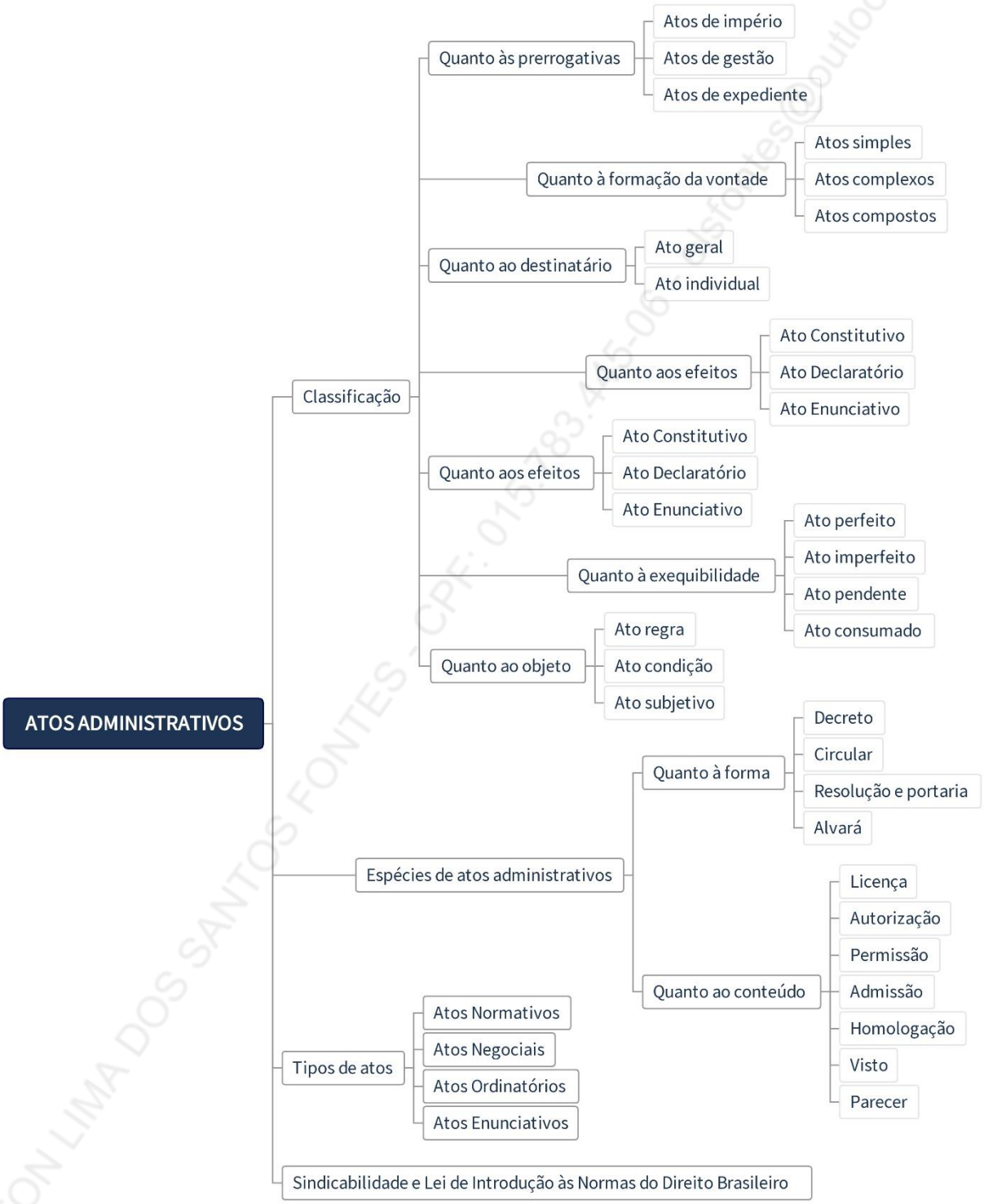
EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4 ATOS ADMINISTRATIVOS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Um dos temas mais importantes do Direito Administrativo é a questão dos **Atos Administrativos**.

1. DIFERENÇAS IMPORTANTES

1.1. Ato x Fato

Ato é o evento imputado ao homem.

Fato é o evento que decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

– Fato Jurídico: Corresponde ao evento que está contido em lei, na norma legal.

– Fato Administrativo: Corresponde ao evento que está contido em lei, produzindo efeitos no campo do direito administrativo. Ex.: Morte de Servidor Público; Prescrição Administrativa.

2. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

2.1. Conceito:

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[59], ato da administração "é todo ato praticado no exercício da função administrativa".

Atos da administração é uma expressão mais ampla que a expressão atos administrativos.

2.2. Espécies

Atos de Direito Privado: São aqueles regidos pelo direito privado. Ex.: doação, permuta, compra, e venda e locação.;

Atos Materiais: aqueles que envolvem apenas uma execução. Não contêm manifestação de vontade. Ex.: demolição de uma casa, apreensão de mercadoria; aula em universidade; pavimentação de uma rua.

Atos de Opinião: aqueles que não expressam uma vontade, não produzindo efeitos jurídicos. Ex.: Parecer, Certidões.

Atos Políticos: são aqueles de elevado valor político. De acordo com o STF, os atos políticos não estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário. Ex.: veto e sanção de lei. Concessão de asilo político.

Atos normativos: são o ROGAI, ou seja, são as Regras, Obrigatórias, Gerais, Abstratas e Impessoais. Ex.: Decretos, Regimentos, Portarias.

3. ATOS ADMINISTRATIVOS PROPRIAMENTE DITOS.

[59] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 197.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.1. Conceito:

É a declaração do Estado ou de quem o represente, inferior à lei, com o objetivo de cumpri-la, regida pelo Direito Público, sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário, e que possui como função a satisfação do interesse da coletividade.

Observa-se que o ato administrativo possui três aspectos: o aspecto subjetivo (quem realiza o ato administrativo), o aspecto objetivo (a função do ato) e o aspecto formal (o regime aplicado ao ato).

1. Aspecto Subjetivo

O aspecto subjetivo está relacionado ao agente praticante do ato administrativo.

Correto, portanto, afirmar que particular pratica ato administrativo, tendo em vista que concessionárias, permissionárias e as autorizatárias de serviço público são particulares e praticam ato público.

Diante disso, o ato administrativo pode ser praticado por PARTICULARES, quando representando o Estado, como são os Concessionários, Permissionários e Autorizatários de serviço público. Isso porque a função administrativa "pode ser encontrada dentro ou fora da Administração Pública.[60]"

2. Aspecto Formal

Atenção! Embora seja regulado pelo Direito Público, o ato administrativo pode ser praticado por particular.

Ao praticar atos regulados pelo Direito Privado, a Administração não pratica ato administrativo.

O direito privado, quando regula a prática de atos da administração, ensejará que esta pratique atos de direito privado.

Fato é que para ser ato administrativo é imprescindível que seja regulado pelo direito público.

3. Aspecto Objetivo

Refere-se ao objetivo do ato administrativo.

É objetivo de todo e qualquer ato administrativo a busca pelo interesse público/pela finalidade pública.

Há, ainda, um conceito de atos que leva em conta o sentido formal e material. Ato administrativo em sentido formal seria aquele que, apesar de possuir a forma de ato administrativo, é dotado dos atributos de abstração e generalidade, voltando-se para situações não determinadas de forma singular. São exemplos de ato formal os atos normativos. Por sua vez, o ato administrativo em sentido material seria aquele de efeitos concretos, destinando-se a sujeitos e situações individualizadas, afastando-se da generalidade e da abstração.

[60] OLIVEIRA, R. C. R. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2021. P. 508.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Vinculação e Discricionariedade

Quando a Administração Pública exerce suas atividades, deve-se ter em mente que o exercício da atividade administrativa não ocorre de forma ilimitada. Na verdade, a atividade administrativa é, por essência, limitada.

Em determinados momentos, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso, diz-se que o poder da Administração é vinculado, afinal, a lei não deixou margem de escolha para o administrador público atuar.

Contudo, não há que se falar em absoluta vinculação, afinal o administrador público tem a liberdade temporal, isto é, de quando praticar o ato dentro do prazo legal.

Dessa forma, caso o particular cumpra todos os requisitos estabelecidos em lei, nasce para ele um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato.

Em outras situações, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa. Nesta situação, ocorre a chamada discricionariedade administrativa. Em outras palavras, ocorre a discricionariedade quando a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto. Evidencia-se que a discricionariedade é pautada na análise da oportunidade e conveniência sempre dentro dos limites da lei.

Atente-se, ainda, para o fato de um ato discricionário não se confunde com um ato arbitrário. Veja que o primeiro é editado com base na oportunidade e conveniência do administrador público, estando restrita aos limites estabelecidos pela lei. Ao contrário, o ato arbitrário representa o abuso, representa um ato praticado fora dos limites da lei, sendo, portanto, um ato ilegal.

A discricionariedade é identificada em vários casos:

1) A lei expressamente confere mais de uma alternativa para o administrador escolher dentre opções dadas;

2) Quando a Lei é omissa, pois não previu todas as situações supervenientes;

3) A norma é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, imprecisos. Não há uma situação inquestionável. Ex: Lei que estabeleça que o administrador público deve expulsar da repartição pessoas com comportamento indecoroso.

3.3. Silêncio da Administração

Expressão utilizada para se referir a situações em que a Administração não se manifesta, embora estivesse obrigada a se manifestar.

STJ – De acordo com o STJ, é cabível Mandado de Segurança quando há o dever de se manifestar em um prazo determinado e o administrador não o faz. O prazo decadencial do Mandado de Segurança se inicia no dia subsequente ao término do prazo fixado.

Não havendo prazo fixado para se manifestar, o Mandado de Segurança pode ser impetrado a qualquer momento, porque o prazo é renovado dia-a-dia, mês-a-mês, ano-a-ano.

O silêncio da Administração não é ato administrativo, uma vez que não há declaração de vontade. O silêncio, na verdade, é uma omissão. É considerado um fato administrativo, como regra.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A doutrina de José Santos Carvalho Filho[61] assim leciona "o silêncio não revela a prática de ato administrativo, eis que inexiste manifestação forma de vontade; não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. Ocorre, isto sim, um fato jurídico administrativo".

É importante fazer diferenciar, em primeiro momento, de quando a lei já aponta a consequência da omissão e, em um segundo momento, de quando a lei não menciona qualquer efeito que se origine da inércia da Administração. Esta situação, sim, será considerada fato administrativo.

Quando a lei já apontar a consequência da omissão, há a prática de um ato administrativo. Veja o seguinte exemplo:

Exemplo: a lei X diz que "caso o administrador público não se manifeste em 30 dias, considera-se deferido o pedido da parte."

Entende-se que, na situação acima demonstrada, é parte integrante do texto legal a omissão. Nesse caso, a administração pública preferiu deferir o pedido da parte de forma tácita. Nessa situação, quando a omissão tiver consequências jurídicas trazidas pela lei, o silêncio da administração pública será considerado ato administrativo, uma vez que o Poder Público quis assim declarar sua vontade.

No direito público, em razão do princípio da legalidade, os efeitos do silêncio são determinados pela lei, que pode estabelecer como consequência a concessão ou denegação do pedido.

Se concessivo o efeito, o problema será equacionado com o atendimento do pleito do administrado.

Exemplo: a lei prevê que a Administração deverá se manifestar no prazo de 30 dias, caso não se manifeste o ato será deferido.

Se denegatório o efeito, inicia-se ao administrado a possibilidade de ir a juízo, com base no direito de petição, em busca de uma pronúncia motivada da Administração, suficiente a possibilitar o direito aos recursos administrativos cabíveis.

Exemplo: a lei prevê que a Administração deverá se manifestar no prazo de 30 dias, caso não se manifeste o ato estará indeferido. Nesse caso, o particular poderá ir à juízo, com base no direito de petição, não para que o juiz conceda o ato que competia a Administração, mas para que o judiciário provoque a Administração para que ela se manifeste, concedendo ou denegando de forma motivada a pretensão do particular, para que haja a possibilidade de interposição de recurso.

A função judiciária nesse caso, independentemente da natureza do ato administrativo perseguido - se vinculado ou discricionário -, o juiz pode apenas emitir decisão mandamental, obrigando a Administração a pronunciar-se, em prazo fixado, sobre o requerimento do administrado. Jamais poderá suprir o silêncio, concedendo a própria faculdade material requerida, como se administrador fosse.

No caso de inexistência de previsão legal não é possível conceber qualquer efeito ao mutismo estatal. Nesse caso, define-se o silêncio como fato administrativo.

Exemplo: A lei prevê simplesmente que a Administração deverá se manifestar no prazo de 30 dias. O prazo se encerra sem qualquer manifestação por parte da Administração. Silêncio da Administração, sem qualquer efeito. Não é possível conferir qualquer interpretação ao mutismo estatal.

---

[61] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A Administração não é obrigada a dizer sim quando chamada a se manifestar. Contudo, ela deve se manifestar, quando for chamada para tanto.

Observação: vide art. 48 e 49 da Lei n.º 9.784/99 que dispõe sobre o tema.

> **Art. 48.** A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.
> **Art. 49**. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

3.4. Atributos

Há os seguintes atributos:

- Presunção de legitimidade e veracidade.
- Imperatividade.
- Autoexecutoriedade.
- Tipicidade.
- Autoexecutoriedade
- Exigibilidade.

3.4.1. Presunção de Legitimidade e Veracidade

Este é o atributo pelo qual o ato administrativo se presume verdadeiro e legítimo. Em outras palavras, é o atributo que concede ao ato administrativo a chamada fé pública.

A presunção dos atos administrativos é RELATIVA ou IURIS TANTUM. Dessa forma, a Presunção do ato não é absoluta ou jure et de jure. Ser relativa a presunção, acarreta na possibilidade de admitir prova em contrário.

Presunção de Legitimidade: diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

Presunção de Veracidade: diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. A presunção de veracidade inverte o ônus da prova. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida[62]."

Importante observar que, em razão desses atributos, um ato administrativo, ainda que ilegal, produzirá seus regulares efeitos como se válido fosse até a declaração de ilegalidade e a consequente retirada do mundo jurídico.

[62] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. P. 206

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.4.2. Imperatividade

É o atributo pelo qual o ato administrativo se impõe a terceiros, de forma unilateral, independente de sua concordância. É o atributo que permite ao Poder Público impor obrigações às pessoas. É chamado de "poder extroverso" ou coercibilidade.

Desse atributo decorre o poder da Administração de exigir o cumprimento do ato pelo particular, quando emanado em conformidade com a lei.

Observação: não é todo ato administrativo que possui o atributo da imperatividade. Somente tem este atributo aquele ato que impõe obrigações. Os atos de consentimento/negociais, como as autorizações e permissões, não possuem esse atributo, em razão de o interesse privado estar ao lado do interesse público.

3.4.3. Autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade é o atributo pelo qual o ato administrativo ocorrerá sem a autorização do Poder Judiciário. Em outras palavras, o ato administrativo PRESCINDE (não precisa) da autorização do Poder Judiciário. Esse atributo é o que permite que a Administração Pública execute direta e imediatamente o seus atos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, "a autoexecutoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário[63]" .

Observação: Não é todo ato administrativo que possui este atributo. Há apenas nas seguintes situações:

Quando houver expressa previsão em Lei. Ex.: Atos do Poder de Polícia

Quando as circunstâncias exigirem: Ex.: Medida de Urgência.

Atos que não possuem Autoexecutoriedade:

Multa: se o particular não pagar a multa, à Administração resta executá-la judicialmente.

Decreto de desapropriação ou ato declaratório de desapropriação: se o proprietário discordar do valor oferecido, restará ao desapropriante ajuizar uma ação de desapropriação.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autoexecutoriedade divide-se em Executoriedade e Exigibilidade.

IMPORTANTE: A autoexecutoriedade não afasta a possibilidade de um controle judicial posterior. O controle do Poder Judiciário pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo.

3.4.4. Tipicidade

A tipicidade é o atributo do Ato Administrativo pelo qual os efeitos produzidos pelo ato estão previstos em lei.

---

[63] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.123.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A tipicidade é decorrência do Princípio da Legalidade, que afasta a possibilidade da prática de atos inominados. De acordo com quem defende a existência do referido atributo, para toda finalidade buscada deve ser seguido um ato administrativo específico, previsto em lei.

A tipicidade veda a prática de atos totalmente discricionários.

A tipicidade só existe em atos unilaterais.

3.4.5. Exigibilidade

A exigibilidade está presente em atos que são considerados meios indiretos de coerção. Mecanismo indireto é uma medida que estimula a aderir ao preceito emanado do ato administrativo.

Exemplo: multa. O Prefeito determina a construção de um muro na frente das casas. Os moradores não constroem e o município aplica a multa.

O Enunciado sumular n.º 312 do STJ estabelece que é necessário, contraditório e ampla defesa no processo administrativo de multa.

> **Súmula nº 312 STJ** - No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2019 Banca: VUNESP Órgão: TJ-AL Prova: VUNESP - 2019 - TJ-AL - Notário e Registrador -– Remoção.

No que tange aos atributos do ato administrativo, assinale a alternativa correta:

(A) Em atos praticados por particulares, no exercício da função administrativa, verifica-se o atribulo da imperatividade.

(B) Quando dotado de autoexecutoriedade não pode o ato administrativo ser objeto de exame pelo Poder Judiciário.

(C) A presunção de legitimidade não está presente em todos os atos administrativos.

(D) A imperatividade nem sempre é atribulo do ato administrativo.

O gabarito da questão só pode ser a letra A. O ato administrativo, mesmo praticado por particular, goza do atributo da imperatividade.

Por sua vez, a letra B está errada, pois a autoexecutoriedade não impede o controle posterior do Poder Judiciário.

A letra C, por sua vez, está errada, haja vista ser a presunção de legitimidade o único atributo presente em todos os atos administrativos.

Por fim, a letra D está errada, pois a imperatividade sempre será atributo do ato administrativo, embora não esteja presente em todos os atos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.5. Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo

São elementos ou requisitos do Ato Administrativo a competência (sujeito), objeto, motivo, finalidade e forma. Para facilitar a memorização, pode-se dizer que os elementos ou requisitos do ato administrativo formam o **COMFiFo**.

Competência

Objeto

Motivo

Finalidade

Forma

3.5.1. Competência (sujeito)

a) Conceito

É a atribuição conferida pela lei ao agente público. A competência, em direito administrativo, não se restringe a capacidade civil. Esta é englobada pelo conceito de competência.

b) Vícios

c)Excesso de Poder

Excesso de poder: O agente público exorbita sua competência legal. O agente público tem a competência, mas ultrapassa os limites desta.

É um vício sanável, no qual a autoridade superior pode/deve ratificar o ato.

OBS.: Percebe-se que a autoridade competente ora pode, ora deve ratificar o ato com o vício de excesso de poder. No caso de o ato ser vinculado e estando em conformidade com a lei, a autoridade competente para a prática do ato **DEVE** ratificá-lo, afinal, é direito subjetivo do administrado a prática do ato vinculado, caso cumpra os requisitos legais.

De outro lado, se o ato for discricionário, ainda que esteja em conformidade com a lei, a autoridade competente **PODE** ratificá-lo, afinal, dependerá de uma análise de oportunidade e conveniência dessa autoridade.

Por fim, enfatiza-se observe que se a competência for exclusiva, haverá um ato com vício **INSANÁVEL.**

d) Função de Fato:

O ato é praticado por um agente público de fato, aquele que, por algum motivo, não pode exercer a função pública ou houve um ingresso irregular no serviço público.

Ex.: Servidor de férias, Aposentadoria, Servidor que está em um cargo que exigia concurso público, mas foi provido por indicação.

O ato praticado pelo agente de fato reputa-se válido perante 3º de boa-fé. Isto se justifica pela Teoria da Aparência. O agente público aparenta-se competente para a prática do ato.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

e) Usurpação de Função Pública:

O ato é praticado por quem não é Agente Público, isto é, não está investido na função pública.

É um ato inexistente.

f) Delegação e Avocação das Competências.

A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.784/99.

Em determinadas situações, a lei pode autorizar que um agente transfira a outro agente funções que lhe são atribuídas. Em outras palavras, um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. A isto se dá o nome de delegação de competência. Tudo isso previsto no art. 12 da Lei n.º 9.784/99.

Observe que a delegação não enseja, obrigatoriamente, a diferença hierárquica entre os agentes públicos. Portanto, a delegação pode ser vertical ou horizontal, conforme ocorra ou não a hierarquia entre os agentes públicos.

O ato de delegação deve indicar a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto da delegação. Isso se extrai do art. 12, § único do Decreto-lei n.º 200/67. No mesmo sentido, o art. 14 da Lei 9.784/99.

O ato de delegação não retira a atribuição da autoridade delegante, que continua competente cumulativamente com a autoridade delegada para o exercício da função. Todavia, importante observar a Súmula 510 do STF que assim afirma:

> "PRATICADO O ATO POR AUTORIDADE, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DELEGADA, CONTRA ELA CABE O MANDADO DE SEGURANÇA OU A MEDIDA JUDICIAL." A Súmula do STF está de acordo com o art. 14, § 3º da Lei 9.784/99, ao dizer que o ato praticado considera-se editado pelo delegado.

O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial. O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

Por sua vez, a própria lei pode impedir que certas atribuições sejam delegadas a outros agentes. Essas são chamadas de funções indelegáveis. A Lei n.º 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, em seu art. 13, veda a delegação quando se trata de:

a) atos de caráter normativo;,

b) decisão de recurso administrativo;

c) matérias de competência exclusiva do órgão ou da autoridade.

De outro lado, pode acontecer fenômeno inverso, ou seja, uma autoridade de hierarquia superior chamar para si a competência. A isto se dá o nome de avocação de competência, previsto no art. 15 da Lei n.º 9.784/99, segundo o qual será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nos termos do art. 17 da Lei 9.784/99, inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

3.5.2. Forma

É o meio pelo qual o ato se exterioriza, que, em regra, é escrita.

Há vício quando a forma for determinada (prescrita) em lei e não for observada.

Este vício é sanável, isto é, pode ser convalidado. Entretanto, há hipóteses em que o vício de forma é insanável, porque afetam o ato em seu próprio conteúdo. Ex.: Demissão de um servidor sem o PAD.

Via de regra, a forma é escrita, eis que possibilita e facilita o controle do ato. Porém, existem atos administrativos praticados de forma não escrita. Ex: semáforo de trânsito, gesto de policial; contrato verbal (art. 95, § 2º da Lei n.º 14.133/2021).

Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, isto é, "a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato[64]" .

Aplica-se o princípio do informalismo ou formalismo moderado, presente no artigo 22 da Lei n.º 9.784/99. Não há uma forma pré-determinada para os atos administrativos, salvo quando a lei assim estabelecer.

3.5.3. Objeto/Conteúdo

É o efeito jurídico IMEDIATO que o ato produz.

Vício: ocorre quando o objeto for ilícito, impossível, indeterminado ou imoral. É um vício insanável.

O grande exemplo de um ato com vício de objeto é a aplicação de uma sanção incorreta, quando deveria ser aplicada outra sanção. Também seria vício de objeto caso uma lei determine a aplicação de suspensão por até 90 dias e o administrador aplique a suspensão de 120 dias.

b) Motivo

7. São as razões de fato e de direito que determinaram a prática do ato administrativo.

Vícios: há vício quando os motivos forem falsos ou inexistentes. É um vício insanável.

Importante: Teoria dos Motivos Determinantes (surge no direito francês) – A validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.

Segundo José Santos Carvalho Filho[65], "a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade".

---

[64] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. P. 215

[65] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.118

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Motivo e motivação são coisas distintas. Motivação é a exposição dos motivos, isto é, demonstrar que os pressupostos de fato e de direito realmente existiram. O princípio da motivação implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Via de regra, todos os atos administrativos devem ser motivados, sejam eles discricionários, sejam eles vinculados, de acordo com o art. 50 da Lei n.º 9.784/99.

A nomeação e a exoneração de cargo em comissão não precisam ser motivadas, afinal, trata-se de um cargo de livre nomeação e de livre exoneração. Contudo, caso o administrador público motive a nomeação ou a exoneração, a motivação passa a integrar a validade do ato administrativo, isto é, aplica-se a Teoria dos Motivos Determinantes.

A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. A doutrina administrativa chama essa situação de MOTIVAÇÃO ALIUNDE, nos termos do art. 50, § 1º da Lei n.º 9.784/99. Ex.: Um parecer opina pela possibilidade de prática de ato de demissão de servidor, ao demitir o servidor, a autoridade não precisa repetir os fundamentos explicitados pelo parecer, bastando, na fundamentação do ato de demissão, declarar a concordância com os argumentos expedidos no ato opinativo.

Ainda, salienta-se que a motivação deve ser prévia ou concomitante ao ato administrativo. Entretanto, o STJ já admitiu a motivação posterior do ato de remoção de servidor, desde que os motivos sejam previamente existentes, idôneos e determinantes.

Motivo também é diferente de móvel. Este é a vontade interior do agente público que o levou a praticar o ato administrativo. Observe que a teoria dos motivos determinantes não abarca o móvel.

Observação: segundo o Enunciado 12 do CJF, a decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação.

3.5.4 Finalidade

a) Conceito:

É o efeito jurídico MEDIATO que o ato produz. É o interesse público, a finalidade pública que o ato administrativo deve alcançar.

b) Vício:

Desvio de finalidade: O agente público pratica um ato visando finalidade diversa da finalidade descrita em lei. O agente pratica o ato visando interesse próprio ou interesse de pessoas próximas.

É um vício insanável.

Observação:

Ato Administrativo Anulável: É o ato inválido que possui um vício SANÁVEL.

Ato Administrativo Nulo: É o ato administrativo inválido que possui vício INSANÁVEL.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ato Administrativo Inexistente: É o ato inválido que corresponde a condutas criminosas.

Ante ao exposto, surgiram duas teorias sobre a invalidade dos atos administrativos, a teoria monista e a dualista. A primeira propugna a existência de apenas atos nulos, não admitindo a convalidação de atos administrativos. De outro lado, a teoria dualista, prevalecente no direito brasileiro, afirma a existência de atos nulos e anuláveis, de maneira que estes admitem a convalidação.

Pode-se afirmar que o arts. 2º e 3º da Lei n.º 4.717/65 e o art. 55 da Lei nº 9.784/99 abarcaram expressamente a teoria dualista no direito brasileiro.

Quadro de elementos de ato vinculado e discricionário

ELEMENTOS	ATO VINCULADO	ATO DISCRICIONÁRIO
Competência	Vinculado	Vinculado
Forma	Vinculado	Vinculado
Objeto	Vinculado	Discricionário/ Vinculado
Motivo	Vinculado	Discricionário/ Vinculado
Finalidade	Vinculado	Vinculado

Abuso de Poder é o gênero; Excesso de Poder e Desvio de Poder/Finalidade são espécies. Assim, registra-se que o primeiro vicia o elemento **COMPETÊNCIA**, ao passo que o segundo, vicia o elemento **FINALIDADE.**

Observação:

1. aplicação de penalidade sem PAD/Sindicância configura vício de forma.

2. quando há a aplicação de penalidade, mas em modalidade errônea, há vicio de objeto. Isto é, é devida penalidade, deve ser aplicada, mas aplicou a errada.

3. aplicada penalidade com intuito de perseguir, esta está eivada de vício de finalidade;.

4. aplicação de penalidade por autoridade diversa da prevista em lei configura vício de competência;.

5. aplicação de penalidade quando não há razão configura vício de motivo.

3.6. Convalidação

3.6.1. Conceito

É o ato pelo qual a Administração Pública ou o particular interessado promove a correção de um ato administrativo anulável.

São espécies de convalidação:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

a) Ratificação: é a convalidação do ato administrativo, que apresenta vício de competência ou de forma. É o caso, por exemplo, do ato editado por uma autoridade incompetente e que depois é ratificado por uma autoridade competente.

b) Reforma: o agente público retira o objeto inválido e mantém o outro objeto válido. Ex.: Em ato que concede vários benefícios a um servidor, que teria direito apenas a um destes benefícios. Mantém o benefício que o agente de fato tem direito e lhe retira os demais.

c) Conversão: acréscimo de novo objeto. Ex.: nomeia-se três servidores para atuarem em uma comissão disciplinar, constatado que um deles era parente do investigado, ele será excluído e substituído por um novo integrante, mantendo os demais.

Tanto na reforma, como na conversão o vício é no elemento do objeto (lembre-se que a doutrina defende a convalidação do objeto plúrimo).

> **Art. 55 da Lei 9.784/99** - Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Observe a questão cobrada na prova da PGM Sorocaba:

QUESTÃO DE CONCURSO

PGM – SOROCABA

Os atos administrativos que apresentarem defeitos sanáveis podem ser

A) revogados pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, desde que não haja prejuízo ao Erário, independentemente de eventual prejuízo a terceiros.

B) convalidados pela Administração ou pelo Poder Judiciário, em decisão na qual se evidencie que eles não acarretaram lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

C) anulados pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, somente se restar comprovado que, cumulativamente, causam prejuízo ao Erário e ao interesse jurídico de terceiros.

D) convalidados pela própria Administração, em decisão na qual se evidencie que eles não acarretaram lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

E) revogados pelo Poder Judiciário, mas somente se restar comprovado que, cumulativamente, causam prejuízo ao Erário e ao interesse jurídico de terceiros.

Diante da explicação acima, a resposta da questão somente pode ser a letra D.

3.6.2. Efeitos:

A convalidação de um vício de um ato administrativo produz efeitos ex tunc, isto é, produz efeitos retroativos, desde a edição do ato.

4. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Um ato Administrativo pode-se extinguir pelas seguintes formas:

I – Cumprimento de seus efeitos; (extinção natural);

II – Desaparecimento do sujeito (extinção subjetiva) ou do seu objeto (extinção objetiva);

III – Renúncia;

IV – Retirada.

4.1. Cumprimento de seus Efeitos

Em relação à primeira forma de extinção dos atos administrativos, tem-se que um ato se extinguirá em decorrência de ter cumprido os seus efeitos. Em outras palavras, quer dizer que o ato administrativo cumpriu o seu papel, alcançou seus objetivos. Dessa forma, não há razão para o ato continuar a existir.

Cumprido seus efeitos, o ato administrativo se extingue.

4.2. Desaparecimento do Sujeito ou do seu Objeto

Em relação à segunda forma de extinção dos atos administrativo, tem-se que um ato se extinguirá em decorrência de ter perdido o seu sujeito, isto é, o destinatário do ato administrativo, ou ter perdido o seu objeto, isto é, o seu conteúdo.

Havendo algumas dessas situações, não há motivos para que o ato administrativo permaneça e, por conseguinte, será extinto.

4.3. Renúncia

A renúncia é a forma de extinção do ato administrativo pela qual se extinguem os efeitos do ato porque o próprio beneficiário renunciou a uma vantagem de que desfrutava.

4.4. Retirada

4.4.1. Revogação – Art. 53 da Lei n.º 9.784/99.

A revogação é a retirada do ato LEGAL, por motivos de conveniência ou oportunidade;

Possui efeitos ex nunc.

Administração Pública (autotutela) é a legitimada para revogar um ato administrativo. Os Poderes Legislativo e Judiciário poderão revogar atos administrativos, desde que sejam atos expedidos por eles e a sua função administrativa. Portanto, um ato judicial não pode ser revogado.

Somente o ato DISCRICIONÁRIO pode ser revogado, afinal, envolve análise de mérito administrativo (conveniência e oportunidade).;

Não podem ser revogados:

Atos Vinculados;

Atos Ilegais;

Atos que já cumpriram seus efeitos;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Atos que trouxeram direito adquirido;

Atos que integram procedimento;

Atos meramente administrativos, como o parecer, o atestado e a certidão.

Infere-se que o ato revogador, assim como o ato revogado serão discricionários, uma vez que exigem uma análise de oportunidade e conveniência.

A revogação, em regra, não enseja o direito a uma indenização, em razão dos atos serem praticados a título precário. Contudo, quando a revogação ocasionar prejuízos comprovados ao destinatário, poderá requerer o pagamento de uma indenização.

Atenção ao Enunciado 20 do CJF. Por ele, o exercício da autotutela administrativa, para o desfazimento do ato administrativo que produza efeitos concretos favoráveis aos seus destinatários, está condicionado à prévia intimação e oportunidade de contraditório aos beneficiários do ato.

4.4.2. Anulação – art. 53 da Lei n.º 9.784/99

É a retirada do ato ILEGAL, seja por ter violado lei, seja por ter violado princípio;

Possui efeitos *ex tunc*;

O ato da anulação pode, excepcionalmente, possuir efeitos *ex nunc*[66] ou até mesmo pode ocorrer a modulação dos seus efeitos.

Administração Pública (autotutela), o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são os legitimados para anular um ato administrativo;

Tanto os atos DISCRICIONÁRIOS, quanto os atos VINCULADOS podem ser anulados.

> **Súmula 473 STF** - A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIAÇÃO JUDICIAL.
> **Art. 54 da Lei n.º 9.784/99** - Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Súmula 473 do STF	Art. 53, da Lei n.º 9.784/99
Estabelece o verbo PODE — a Administração Pública PODE anular	Estabelece o verbo DEVE — a Administração Pública DEVE anular

[66] Na hipótese de um servidor público receber vantagens pecuniárias em razão de um ato ilegal, estando ele de boa-fé, a anulação somente produzirá efeitos ex nunc. O que se quer dizer é que o servidor vai deixar de receber a vantagem, mas não terá que devolver o período recebido.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observe que, de acordo com a súmula 633 do STJ, a Lei n.º 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Perceba que há, no texto da lei, a exteriorização, no texto da lei, do princípio da segurança jurídica. Estando o destinatário do ato favorável de boa-fé e decaído os 5 anos, a Administração Pública não poderá anular esse ato ilegal. Em outras palavras, prevalecerá o princípio da segurança jurídica, de modo que os efeitos produzidos permanecerão consolidados.

Contudo, ressalta-se que não cumprido um dos requisitos exigidos (boa-fé e o decurso do tempo), a Administração Pública poderá anular o ato, prevalecendo o princípio da autotutela.

O termo inicial da contagem do prazo decadencial é a data em que o ato foi praticado. Se o ato aconteceu antes da Lei n.º 9.784/99, o STJ entende que o fato será alcançado por esta lei. Contudo, o prazo de início (termo a quo) será em fevereiro de 1999, data na qual a lei entrou em vigor.

No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento, conforme o §1º do art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. Em outras palavras, quer-se dizer que se dentro do prazo decadencial a Administração Pública instaurou o processo de anulação do ato administrativo, mas a anulação só ocorreu fora do prazo, esta será considerada válida.

Atenta-se para o fato de que é necessária a realização de um procedimento administrativo prévio. Porém, excepcionalmente, não se exige a realização do processo, quando a declaração de nulidade decorre de decisão judicial[67].

De acordo com o STJ, no âmbito de recurso ordinário, a decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei n.º 9.784/1999 pode ser reconhecida a qualquer tempo e ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, sendo indispensável seu prequestionamento nas instâncias especiais[68].

Ademais, diante da ausência de previsão legal, o prazo decadencial de cinco anos do art. 54, caput, da Lei n. 9.784/1999 é insuscetível de suspensão ou de interrupção, devendo ser observada a regra do art. 207 do Código Civil[69].

Atente-se que o prazo decadencial é aplicado tanto a atos nulos, quanto aos anuláveis[70].

[67] Rcl 5.819/TO, STF. Rel.ª Minª Carmen Lúcia.

[68] STJ. AgInt no AREsp 629004/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019

[69] STJ. AgInt no AgRg no REsp 1580246/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 18/04/2017

[70] STJ. AgInt no REsp 1749059/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 28/05/2019

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por fim, as situações flagrantemente inconstitucionais não se submetem ao prazo decadencial de 5 anos previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/1999, não havendo que se falar em convalidação pelo mero decurso do tempo[71].

Aprofundamento:

Anulação de aposentadoria: De acordo com o STF, o ato de aposentadoria é um ato complexo.

> **Ainda, nos termos da SÚMULA VINCULANTE N.º 3**, NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDER RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.

ATENÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636553/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19.2.2020. (RE-636553), estabeleceu, em tese de Repercussão Geral, que:

> "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas".

Nesses termos, por constituir exercício da competência constitucional (CF, art. 71, III), tal ato ocorre sem a participação dos interessados e, portanto, sem a observância do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, por motivos de segurança jurídica e necessidade da estabilização das relações, é necessário fixar-se um prazo para que a Corte de Contas exerça seu dever constitucional.

Diante da inexistência de norma que incida diretamente sobre a hipótese, aplica-se ao caso o disposto no art. 4º do Decreto-lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)[72].

Assim, tendo em vista o princípio da isonomia, seria correta a aplicação, por analogia, do Decreto 20.910/1932, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos utilizado como parâmetro para o entendimento do Supremo Tribunal Federal acima indicado.

Portanto, se o administrado tem o prazo de cinco anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também deve-se considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, tem o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado.

Desse modo, a fixação do prazo de cinco anos se afigura razoável para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual consideram-se definitivamente registrados.

Por conseguinte, a discussão acerca da observância do contraditório e da ampla defesa após o transcurso do prazo de cinco anos da chegada do processo ao TCU encontra-se prejudicada. Isso porque,

---

[71] STJ. REsp 1799759/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2019.

[72] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

findo o referido prazo, o ato de aposentação considera-se registrado tacitamente, não havendo mais a possibilidade de alteração pela Corte de Contas.

Comentários acerca do prazo quinquenal do art. 54:

A súmula 633 do STJ dispõe que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99 pode ser aplicado a estados e municípios.

> **Súmula 633-STJ:** A Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria (destaque).

Rememora-se que a Lei n.º 9.784/99 traz o prazo decadencial de cinco anos para anulação de atos administrativos benéficos. No entanto, estados e municípios poderiam legislar e estabelecer prazos distintos, em tese. Por exemplo, o estado de São Paulo tem a Lei de Processo Administrativo que dispõe que o prazo que a administração paulista tem para anular os atos administrativos benéficos é de dez anos, tendo o STF discutido sobre a constitucionalidade desse dispositivo.

No caso, o STF entendeu que a lei estadual que estabelece prazo diverso dos cincos anos previstos na Lei n.º 9.784/99 é inconstitucional.

Deve-se destacar que se trata de uma inconstitucionalidade material, uma vez que viola o Princípio da Isonomia. A importância dessa diferenciação entre inconstitucionalidade material e formal recai no fato de que, por ser uma inconstitucionalidade material, os estados membros podem legislar sobre a temática. O art. 25 da Constituição, por exemplo, traz a competência dos estados para legislar sobre a matéria de direito administrativo. No caso discutido, o estado de São Paulo não estava adentrando nas competências da União, por isso não havia inconstitucionalidade formal.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu se tratar inconstitucionalidade material por violar o Princípio da Isonomia. Argumentou o STF que a Lei n.º 9.784/99 dispõe sobre os cincos anos e que vários estados a seguem no caso daqueles que não têm lei específica, em razão da súmula 633-STJ, também se adota o prazo de cinco anos. Dessa forma, um estado ou um munícipio não poderiam estabelecer prazo diverso e ir na contramão dos demais.

Válido destacar que, na ocasião, o Supremo entendeu que tal lei não viola o Princípio da Segurança Jurídica e nem o Princípio da Razoabilidade. Trata-se de um julgado que pode cair em provas e o examinador pode colocar que "é inconstitucional por violar o Princípio da Razoabilidade" ou "é inconstitucional por violar o Princípio da Segurança Jurídica" e ambas as alternativas estariam erradas – o entendimento é que viola o Princípio da Isonomia, como visto.

Anulação	**Revogação**
Recai sobre um ato ilegal (e é ilegal porque viola a lei ou viola os princípios)	Um ato lícito será revogado por razões de oportunidade e conveniência
Como regra, produzir efeitos ex tunc, ou seja, retroativos. Excepcionalmente admite-se que tenha efeitos ex nunc ou pro futuro (data futura)	Efeitos ex nunc
A anulação pode ser feita no exercício da autotutela	A revogação poderá ser feita tão somente pela

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

pela Administração Pública (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário anulando atos próprios no exercício da atividade administrativa), seja de ofício ou mediante provocação; ou pode ser feita pelo Poder Judiciário, no exercício da sua função jurisdicional. Neste caso, o Judiciário somente poderá atuar mediante provocação.	Administração Pública, no exercício de autotutela. Poderá ser feitas pelos Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, revogando atos próprios no exercício da função administrativa, seja de ofício ou mediante provocação. O Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não pode revogar, porque a revogação é controle de mérito e o judiciário não faz controle de mérito

4.4.3. Cassação:

A cassação é uma espécie de retirada pela qual o destinatário do ato administrativo deixou de cumprir algum requisito estabelecido em lei necessário para que haja a prática do ato administrativo; Ex.: Cassação de Licença para funcionamento de hotel por haver convertido em casa de tolerância.

4.4.4. Caducidade:

A caducidade é a retirada do ato administrativo em razão de norma jurídica (lei) que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e pelo ato precedente. Ex.: Caducidade de autorização de uso de música em bares que, em razão de nova lei de ruídos, tornou-se incompatível.

4.4.5. Contraposição ou Derrubada:

A contraposição ou derrubada é a retirada do ato administrativo em razão da edição de um outro ato administrativo com efeitos contrários ao editado anteriormente. Ex.: Nomeação e Exoneração de servidor.

5. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

5.1. Quanto às prerrogativas

Atos de Império: Aqueles impostos unilateralmente ao particular, independentemente de sua concordância ou autorização judicial.

Atos de Gestão: Aqueles praticados em situação de igualdade com os particulares.

Atos de Expediente: São atos internos da administração pública, relacionados às rotinas dos serviços executados pelos seus órgãos e agentes públicos.

5.2. Quanto à Formação da Vontade

Atos simples: Aqueles que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado; pode-se dar como exemplo a Licença de habilitação para dirigir.

Atos complexos: Aqueles que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. Observe que as manifestações de vontade devem ser originadas de órgãos diferentes, com grau de mesma relevância das vontades, não existindo uma principal e outra acessória.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A jurisprudência do STF pacificou entendimento que a Concessão de Aposentadoria a um servidor é exemplo de um ato complexo, afinal somente se aperfeiçoaria com o registro perante o Tribunal de Contas[73].

Exemplo: Nomeação do PGR e de Ministro do STF, os quais precisam da nomeação pelo Presidente da República, seguida da aprovação do Senado Federal.

Atos compostos: Aqueles que resultam de duas ou mais manifestações de vontade, em que a vontade de um é acessória em relação a de outro que edita o ato principal.

Exemplo: atos que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc.;

Observa-se que o ato composto deriva veria de apenas um órgão, mas para a produção dos seus efeitos depende de um outro ato que o aprove. A função do ato de aprovação é meramente instrumental. O ato acessório não altera o conteúdo do ato principal. O ato acessório ganha o nome de autorização, aprovação, homologação, visto.

Diferente do ato complexo, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e o outro acessório.

5.3. Quanto ao Destinatário

Ato Geral: Aquele dirigido a pessoas de forma geral e abstrata. Ex.: Regulamentos e Portarias.;

Ato Individual: Aquele dirigido a pessoas de forma individualizada. Ex.: Nomeação e Demissão.

5.4. Quanto aos Efeitos

Ato Constitutivo: Aquele que cria, modifica ou extingue um direito. Ex.: Dispensa, Autorização, Revogação.;

Ato Declaratório: Aquele que apenas reconhece um direito que já existia. Ex.: Licença, Anulação.;

Ato Enunciativo: Aquele que a Administração Pública informa ou emite um conhecimento. Ex.: Parecer, atestado e certidão.

Observe que o ato administrativo possui dois efeitos, os efeitos típico e atípico. O efeito típico consiste no efeito principal do ato administrativo, aquele para o qual o ato administrativo foi editado. Por outro lado, o efeito atípico ganha maior relevância em alguns debates.

O **efeito atípico** divide-se em prodômicos ou preliminares e reflexos. O primeiro é verificado enquanto persiste a situação de pendência do ato administrativo, ou seja, ocorre durante o período intercorrente, desde a produção do ato até o início da ocorrência dos seus efeitos típicos. Pode-se dar como exemplo a aprovação de uma autoridade nomeada pelo Presidente da República pelo Senado Federal.

Por outro lado, o **efeito reflexo** é aquele que atinge outra relação jurídica, de modo que atinge terceiros não participantes do ato administrativo editado. O que se quer dizer é que o ato produzirá efeitos contra terceiros que não fazem parte da relação travada entre a Administração Pública e o sujeito passivo do

[73] REsp 1.259.669/SC, STJ – Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Capbell Marques. DJe: 21/09/2011.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

ato administrativo. Pode-se dar como exemplo a desapropriação que produz efeitos sobre o locatário do bem desapropriado.

5.5. Quanto à Exequibilidade

Ato perfeito: É aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, porque já completou todo o seu ciclo de formação.

Ato imperfeito: É o que não está apto a produzir efeitos jurídicos, afinal, não completou o seu ciclo de formação.

Exemplos: Falta a publicação, homologação.

Ato pendente: é o que está sujeito a condição ou termo para que comece a produzir efeitos. São diferentes dos atos imperfeitos, uma vez que os atos pendentes já completaram o seu ciclo de formação e estão aptos a produzirem efeitos. Contudo, estes ficam suspensos até que ocorram a condição ou o termo.

Ato consumado: É aquele que já se exauriu.

Diante disso, observa-se que um ato pode ser:

Perfeito, válido e eficaz – O ato tem o seu ciclo de formação completo, está plenamente compatível com as exigências legais e está disponível para produção dos seus efeitos.

Perfeito, inválido e eficaz – O ato tem o seu ciclo de formação completo, mas não está ajustado às exigências legais, e está disponível a produzir os seus efeitos.

Perfeito, válido e ineficaz – Apesar de ter o seu ciclo de formação completo, estar de acordo com as exigências legais, o ato não produzirá efeitos por depender de um termo ou condição para que esses efeitos ocorram.

Perfeito, inválido e ineficaz. – O ato tem o seu ciclo de formação completo, mas não está compatível com as exigências legais e depende de um termo ou condição para que produza os seus efeitos.

De forma esquemática, tem-se o seguinte quadro:



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

5.6) Quanto ao objeto

Ato-regra: -– é o ato normativo que possui caráter geral e abstrato, aplicável a sujeitos indeterminados.

Ato-condição: – é aquele que investe o indivíduo em situação jurídica preexistente, submetendo-o à aplicação de certas regras jurídicas (nomeação de servidor).

Ato subjetivo: – é o ato concreto que cria obrigações e direitos subjetivos em relações jurídicas especiais (contrato de trabalho de empregado público).

6. ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS

6.1. Quanto à Forma

Decreto : atos normativos emanados do chefe do executivo.;

> **Art. 84** - Compete privativamente ao Presidente da República:
> **VI** - dispor, mediante decreto, sobre:
> organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Circular: é o ato administrativo que as autoridades se valem para transmitir ordens internas uniformes a seus subordinados.

Resolução e Portaria: são atos emanados de autoridades outras que não o chefe do executivo.

Alvará: é a forma por meio da qual, a Administração confere a autorização ou a licença ao particular para o exercício de determinada atividade. O alvará é a FORMA do ato, ao passo que a licença e a autorização são o CONTEÚDO do ato.

6.2. Quanto ao Conteúdo

Licença: é ato unilateral e vinculado por meio do qual a administração pública concede ao administrado a possibilidade de realizar determinada atividade.

Autorização: é ato unilateral e discricionário em que a Administração concede ao administrado a possibilidade de exercer certa atividade.

A autorização pode ter a acepção de uso de espaço público, isto é, é o ato unilateral e discricionário que a Administração possibilita ao particular o uso privativo de bem público, em caráter precário.

Ademais, a autorização pode ter o sentido de autorização de serviço público, ou seja, uma das formas de delegação de serviço público que o particular pode desempenhar.

Permissão: é ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração faculta ao administrado a utilização privativa de determinado bem público.

Admissão: é ato unilateral e vinculado por meio do qual a Administração reconhece ao particular o direito à prestação de determinado serviço público, desde que preencha os requisitos legais.

Exemplo: Admissão em escolas e hospitais públicos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Aprovação: é ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração exerce o controle do ato administrativo. A aprovação pode gerar um controle a priori ou a posteriori.

Homologação: é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração faz a análise da legalidade de ato praticado pelos seus órgãos como forma de lhe dar eficácia. O melhor exemplo de homologação é o ato da autoridade que homologa o procedimento do concurso público.

Visto: é o ato administrativo unilateral pelo qual determinada autoridade atesta a legitimidade formal de outro ato administrativo.

Parecer: é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre determinados assuntos, sejam jurídicos, sejam técnicos.

O parecer pode ser obrigatório, facultativo e vinculante.

O parecer obrigatório é aquele que a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade está relacionada à solicitação do parecer.

Diferente, o parecer será facultativo quando a administração pode ou não solicitá-lo.

Ainda, o parecer pode ser vinculante, ou seja, a administração é obrigada a solicitá-lo e também a acatar a sua conclusão. O melhor exemplo é o caso da aposentadoria por invalidez. A administração, para conceder essa aposentadoria, deve solicitar o parecer do órgão médico oficial e acatar a decisão deste órgão.

7. TIPOS DE ATOS

7.1. Atos Normativos

São aqueles os que contêm comandos gerais e abstratos aplicáveis a todos os administrados que se enquadrem nas situações nele previstas. Dessa forma, os atos normativos não se destinam a cuidar de relações jurídicas concretas. Observe que o ato normativo é um ato em sentido formal, mas é lei em sentido material. É a chamada “lei em tese”. Portanto, os atos normativos não podem ser impugnados via Mandado de Segurança, como regra. Excepcionalmente, esse tipo de ato poderá ser impugnado via Mandado de Segurança se causar prejuízo ao patrimônio de uma pessoa.

Exemplo: Regulamentos; Decretos; Instruções Normativas; Regimentos; Resoluções e Deliberações.

7.2. Atos Negociais

Em relação aos atos negociais, o interesse da Administração e o interesse do Particular estão lado a lado, motivo pelo qual não possuem o atributo da imperatividade.

Exemplo: Dispensa; Visto; Aprovação; Renúncia; Admissão; Homologação; Concessão.

ATENÇÃO: Autorização, Permissão e Licença.

A autorização é um ato unilateral, discricionário, praticado a título precário, utilizado para autorizar o uso de bem público ou a prática de uma atividade regida pelo direito privado, no qual o interesse privado é predominante. A autorização não depende de licitação para que ocorra.

Observa-se, contudo, que se a autorização for concedida com prazo certo confere ao ato certo grau de estabilidade, gerando para o particular o direito de ser indenizado, caso a Administração tenha que revogá-lo antes de seu término.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por sua vez, a permissão é um ato unilateral, discricionário, praticado a título precário, utilizado para autorizar o uso de bem público, no qual o interesse púbico é predominante. A permissão depende de licitação para que ocorra.

Observe que a permissão, ainda, pode ser considerada como um contrato de serviço público, nos termos da Lei n.º 8.987/95.

Por fim, a licença é um ato unilateral, vinculado, visando a permissão de uma atividade. Este ato possui natureza declaratória, isto é, declara uma situação já existente.

De acordo com o STF, a licença para construir é um ato que pode ser revogado. Contudo, somente até o início das obras, que acontece com a construção das fundações.

7.3. Atos Ordinatórios

Estes atos são aqueles que "visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional dos seus agentes, representando exercício do poder hierárquico do Estado.[74]"

Ex.: Portaria; Instrução; Aviso; Circular; Ordem de serviço; Ofício; Despacho.

7.4. Atos Enunciativos

Os atos enunciativos são aqueles em que a Administração Pública se limita a certificar ou atestar um determinado fato, ou emitir uma opinião sobre um determinado tema.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os atos enunciativos podem ser chamados de atos meramente administrativos. Alerta a autora, ainda, que esses atos, por muitos doutrinadores, não são considerados atos administrativos, afinal não produzem efeitos jurídicos imediatos[75].

Exemplo: parecer; certidão; atestado e apostila (averbação).

8. SINDICABILIDADE E LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A Lei n.º 13.655/18 alterou o Decreto-Lei 4.657/42, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O grande objetivo da lei alteradora foi assegurar maior segurança jurídica, previsibilidade e eficiência nas relações travadas pela Administração Pública.

Abaixo seguem os artigos acrescidos pela Lei n.º 13.655/18 que são importantes o conhecimento:.

> **Art. 20.** Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
> **Art. 21.** A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a

[74] MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013. P. 304a

[75] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.214.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º Oº O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

ATENÇÃO

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa[76].

ATENÇÃO

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica[77].

> **Art. 29**. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.
> **§ 1º** A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.
> **Art. 30**. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
> **Parágrafo único**. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

[76] TCU - Acórdão 1264/2019 Plenário

[77] TCU - Acórdão 1264/2019 Plenário

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. COMENTÁRIOS INICIAIS

O Estado responde civilmente por atos ilícitos ou lícitos. Dessa forma, a antijuridicidade do ato é prescindível para a responsabilidade do Estado. Um ato válido pode ensejar a responsabilização do poder público.

Para que o Estado seja responsabilizado por um ato lícito, o dano gerado ao particular deve ser: 1) anormal; 2) extraordinário e 3) específico.

A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos encontra resguardo na Teoria da Repartição dos encargos sociais, que está associada ao Princípio da Isonomia.

Nesse sentido, os atos lícitos da Administração que gerem danos a determinados indivíduos devem ser suportados por toda coletividade, haja vista que esses mesmos atos lícitos geram benefícios a toda sociedade. Assim, a coletividade que se beneficia do ato lícito danoso tem o dever/ônus de ressarcir aqueles que sofreram com a conduta estatal. Isso ocorre no momento em que o Estado arca com essa indenização.

Portanto, a responsabilização do Estado por atos lícitos tem o objetivo de evitar a socialização dos bônus e a privatização dos ônus decorrentes do ato estatal.

Exemplo clássico de aplicação desses fundamentos é a obra pública, que é um ato lícito do Estado. Imagina-se que é realizada uma obra pública em determinada rua, como recapeamento ou duplicação, não podendo transitar veículos ou pedestres. Alguns indivíduos são impactados ao caminharem uma distância maior para pegar o ônibus, enquanto os lojistas perdem consumidores e acabam indo à falência. Nesse exemplo, existem dois tipos da danos: daqueles que têm que andar mais para pegar ônibus, e dos lojistas que foram à falência. No entanto, apenas os lojistas foram vítimas de um dano anormal, extraordinário e específico, uma vez que a falência, decorrente da obra, é um dano expressivo. Pegar ônibus em um ponto mais distante é um dano corriqueiro; é um mero dissabor que não enseja indenização.

Ademais, de acordo com o STJ, A Administração Pública pode responder civilmente pelos danos causados por seus agentes, ainda que estes estejam amparados por causa excludente de ilicitude penal[78].

2. TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Teorias Civilistas

2.1.1. Teoria da Irresponsabilidade

Para essa teoria, o Estado não responde civilmente pelos danos causados por seus agentes, uma vez que o Estado não erra[79].

Essa teoria remonta a Estados absolutistas que atuavam com autoridade e sem qualquer limitação. Fala-se, então, de períodos em que o Direito Administrativo ainda estava tomando forma, de maneira que a figura do rei/monarca se confunde com a do Estado – "O Estado sou eu/L'état c'est moi", expressão de Luís XIV.

[78] STJ - REsp 1266517/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 04/12/2012, DJE 10/12/2012

[79] Na expressão usualmente utilizada em inglês The King can do no wrong.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Como o rei teria, supostamente, o poder divino — decorrente dos poderes de Deus, seria impossível que o Estado ou o Rei errassem. Acerca dessa matéria, destaca-se a incidência de questões de prova abordando essa teoria por meio de frases como "The king can do no wrong" (em português, "o rei não erra/o Estado não erra").

Tal teoria perde espaço com as Revoluções Liberais (notadamente a Revolução Francesa de 1789). Deve-se lembrar que, com tais Revoluções Liberais, surge o Estado de Direito, limitando a ordem jurídica pelo princípio da legalidade, com a separação dos poderes e com o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Deve-se salientar que esta teoria nunca foi aplicada ao Direito brasileiro.

2.1.2. Teoria dos Atos de Império e de Gestão

De acordo com essa teoria, o Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados por meio dos atos de gestão (aqueles em que o Estado age em pé de igualdade com o particular). Por sua vez, em relação aos atos de império (aqueles em que o Estado impõe a sua vontade), o poder público não pode ser responsabilizado.

Essa teoria foi um avanço em relação à teoria da irresponsabilidade, mas se mostrou insuficiente.

2.1.3. Teoria da Culpa Civil

O Estado responderá subjetivamente, caso gere danos a terceiros. De acordo com essa teoria, precisa-se identificar o agente causador do dano e comprovar que ele atuou de maneira dolosa ou culposa.

2.2. Teorias Administrativas

2.2.1.. Teoria da Culpa Anônima ou Culpa do Serviço (Faute du service)

De acordo com essa teoria, o Estado responderá civilmente independente da identificação do agente causador do dano. Para que haja a responsabilização do poder público, deve-se comprovar que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente.

Para essa teoria, a responsabilidade do Estado será subjetiva, afinal resulta de uma premissa inicial de que houve negligência na prestação do serviço.

Não é a vítima que provará a culpa do serviço. Deve ser o Estado que deve provar que o serviço funcionou.

A teoria da culpa do serviço é aplicada na responsabilidade por omissão do Estado. Portanto, quando o poder público for omisso, sua responsabilidade será subjetiva.

Caso seja impossível a identificação do agente público responsável por um dano, o Estado será obrigado a reparar o dano provocado por atividade estatal, mas ficará inviabilizado de exercer o direito de regresso contra qualquer agente.

OBS.: O STF se divide sobre a omissão. Há decisões que entendem a responsabilidade civil por omissão como objetiva, ora como subjetiva.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que em casos de omissão específica (quando há o dever de agir certo e determinado no caso concreto), o Estado deve ser responsabilizado objetivamente.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Exemplo: Juiz determinou que reforçasse a segurança de uma fazenda pela Polícia Federal. Esta não realizou o reforço e a fazenda foi invadida. O STF entende pela responsabilidade objetiva do Poder Público.

2.2.2. Teoria do Risco Integral

Para essa teoria, o Estado passaria a ser um segurador universal, motivo pelo qual este sempre seria responsável por um dano ocorrido, em razão de uma ação ou omissão.

Para essa teoria, não seria necessário sequer comprovar o nexo causal entre o fato e o dano, de modo que quando a culpa fosse da própria vítima, o Estado responderia[80]. Ex.: Sujeito que se jogou, por sua liberalidade, à frente de uma viatura pública. O Estado teria que indenizá-lo.

Excepcionalmente, o Brasil adota esta teoria em alguns casos. Veja:

Danos Nucleares – Art. 21, XXIII, d, CR/88.

> **Art. 21**. Compete à União:
> (....)
> XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
> (...)
> d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

Dano Ambiental – Art. 225, § 3º, CR/88[81].

> **Art. 225**. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso

[80] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 553.

[81] DIREITO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR DANO AMBIENTAL PRIVADO. O particular que deposite resíduos tóxicos em seu terreno, expondo-os a céu aberto, em local onde, apesar da existência de cerca e de placas de sinalização informando a presença de material orgânico, o acesso de outros particulares seja fácil, consentido e costumeiro, responde objetivamente pelos danos sofridos por pessoa que, por conduta não dolosa, tenha sofrido, ao entrar na propriedade, graves queimaduras decorrentes de contato com os resíduos. A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, que consagra o princípio do poluidor-pagador. A responsabilidade objetiva fundamenta-se na noção de risco social, que está implícito em determinadas atividades, como a indústria, os meios de transporte de massa, as fontes de energia. Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade independente de culpa. Nesse sentido, a teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do CC, que assim dispôs: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". A teoria do risco integral constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexo causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior). Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (art. 21, XXIII, "c", da CF e Lei 6.453/1977). O mesmo ocorre com o dano ambiental (art. 225, caput e § 3º, da CF e art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), em face da crescente preocupação com o meio ambiente. Nesse mesmo sentido, extrai-se da doutrina que, na responsabilidade civil pelo dano ambiental, não são aceitas as excludentes de fato de terceiro, de culpa da vítima, de caso fortuito ou de força maior. Nesse contexto, a colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> (...)
> **§ 3º** As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Danos causados por uma aeronave com matrícula no Brasil, por atentados terroristas ou atos de guerra no Brasil ou no exterior – Lei n.º 10.309/02.

Dentro dessa teoria, estuda-se a Teoria do Risco Social, que é uma especificação da teoria do risco integral. Nessa teoria, tem-se como foco da responsabilidade civil a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido.

Essa teoria tem muita relevância sobre a responsabilidade do Estado por eventos adversos decorrentes da vacinação. Por isso, é importante notar que o foco dessa teoria é a vítima e não o autor do dano – os efeitos decorrentes da vacinação não têm como autor o Estado. Não se preocupa com quem é o autor, mas sim com a vítima.

Essa teoria tem aplicação pela Lei n.º 14.125/2021:

> **Art. 1º** Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial.

O foco não é o autor do dano (não importa se foi ou não o Estado – e muito provavelmente, não será), mas sim a vítima/aquele que sofreu o dano. Assim, chama-se a responsabilidade para o Estado para indenizar eventuais danos gerados ao particular.

A previsão, guardadas as devidas diferenças, assemelha-se com o compromisso que a União assumiu com a FIFA, durante a Copa do Mundo de 2014. Na época, mesmo a Copa do Mundo sendo um evento da FIFA, a União assumiu o compromisso de indenizar as vítimas de danos que fossem resultado de incidentes ou acidentes de segurança relacionados aos Eventos.

Nesse sentido, o STF declarou constitucional o art. 23 da Lei n.º 12.663/2012 (Lei Geral da Copa):

> **Art. 23.** A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

O STF entendeu como constitucional e fez afirmações que são passíveis de incidência em prova:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 23, 37 A 47 E 53 DA LEI 12.663/2012 (LEI GERAL DA COPA). EVENTOS DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES FIFA 2013 E DA COPA DO MUNDO FIFA 2014. ASSUNÇÃO PELA UNIÃO, COM SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS, DOS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A FIFA POR DANOS EM INCIDENTES OU ACIDENTES DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CF, PELA SUPOSTA ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE PRÊMIO EM DINHEIRO E DE

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> AUXÍLIO ESPECIAL MENSAL AOS JOGADORES CAMPEÕES DAS COPAS DO MUNDO FIFA DE 1958, 1962 E 1970. ARTS. 5º, CAPUT, 19, III, E 195, § 5º, TODOS DA CF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL. ALEGAÇÕES REJEITADAS. ISENÇÃO CONCEDIDA À FIFA E A SEUS REPRESENTANTES DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS DEVIDAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. ART. 150, II, DA CF. AFRONTA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. II – Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. III – Mostra-se plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular – em premiar materialmente a incalculável visibilidade internacional positiva proporcionada por um grupo específico e restrito de atletas, bem como em evitar, mediante a instituição de pensão especial, que a extrema penúria material enfrentada por alguns deles ou por suas famílias ponha em xeque o profundo sentimento nacional em relação às seleções brasileiras que disputaram as Copas do Mundo de 1958, 1962 e 1970, as quais representam, ainda hoje, uma das expressões mais relevantes, conspícuas e populares da identidade nacional. IV – O auxílio especial mensal instituído pela Lei 12.663/2012, por não se tratar de benefício previdenciário, mas, sim, de benesse assistencial criada por legislação especial para atender demanda de projeção social vinculada a acontecimento extraordinário de repercussão nacional, não pressupõe, à luz do disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, a existência de contribuição ou a indicação de fonte de custeio total. V – É constitucional a isenção fiscal relativa a pagamento de custas judiciais, concedida por Estado soberano que, mediante política pública formulada pelo respectivo governo, buscou garantir a realização, em seu território, de eventos da maior expressão, quer nacional, quer internacional. Legitimidade dos estímulos destinados a atrair o principal e indispensável parceiro envolvido, qual seja, a FIFA, de modo a alcançar os benefícios econômicos e sociais pretendidos. VI – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4976, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00232-01 PP-00176).

Com isso, tem-se que o art. 37, §6º não esgota a temática da responsabilidade civil do Estado. A afirmação que "a responsabilidade civil do Estado pode ser ampliada por lei ordinária" tem grande potencial para configuração em provas.

O mesmo ocorre no âmbito das vacinas, em que o Estado prefere assumir a responsabilidade por eventuais efeitos adversos que são muito menores e com baixíssima probabilidade de acontecer comparados aos efeitos que a doença pode trazer. Não se trata de ideologia, mas sim de interpretação do Estado e do STF por trás da lei.

É uma **ponderação de interesses** – quais as chances de uma pessoa ter complicação por uma vacina versus os efeitos da doença. Com isso, o Estado prefere assumir o risco por eventuais efeitos adversos, que são pequenos, a deixar a população desprovida de imunidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2.2.3. Teoria do Risco Administrativo

A teoria do risco administrativo está presente no plano constitucional desde a Constituição de 1946 e confere fundamento doutrinário à responsabilização objetiva do Estado. Portanto, essa teoria é a aplicada, como regra, no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com essa teoria, o Estado responde objetivamente pelos danos causados ao terceiro independente de dolo ou culpa.

> **Art. 37 § 6º, CR/88** - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
> **Art. 43, CC/02** - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Essa teoria se difere da teoria do risco integral, uma vez que prevê excludentes de responsabilidade do Estado.

Excludentes de Responsabilidade:

Caso fortuito e força maior;

Culpa Exclusiva de terceiros e;

Culpa exclusiva da vítima.

Na chamada culpa concorrente, isto é, tanto o Estado, quanto a vítima participaram do resultado danoso, "a indenização devida pelo Estado deverá sofrer redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado danoso[82]".

Ainda nessa teoria, tem-se dois julgados do STJ relacionados às causas excludentes da responsabilidade por parte do Estado:

1. Culpa concorrente dos pais: não se pode imputar aos pais a responsabilidade por culpa concorrente de terem permitido aos filhos brincar em rua pública na qual ocorre queima de fogos de artifício, especialmente onde há festividade. O ente federado deveria ter isolado a área e ter estabelecido a devida proteção.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS CAUSADOS A MENOR. RESTOS DE FOGOS DE ARTIFÍCIO DEIXADOS EM LOGRADOURO PÚBLICO, SEM PROTEÇÃO. RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS PAIS. INEXISTÊNCIA.
> 1. Inicialmente, insta registrar que o caso é de revaloração da conclusão jurídica adotada com base no delineamento fático fornecido pelo acórdão recorrido, não incidindo o disposto na Súmula 7/STJ.
> 2. A culpa concorrente é fator para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes e, sobretudo, da colaboração individual para a confirmação do resultado danoso, considerando-se a relevância da conduta de cada qual.
> 3. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes para a sua eclosão.

[82] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012o, p. 562

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> 4. Todavia, na hipótese dos autos, não há falar em culpa concorrente dos pais pelos danos causados ao seu filho. Com efeito, é incontroverso que o município recorrido promoveu queima de fogos nas festividades de ano novo e deixou, nas proximidades do local onde ocorreu o evento, restos de explosivos sem qualquer proteção.
> 5. Nesta situação, não se pode imputar aos pais responsabilidade por ter permitido que o filho brincasse em logradouro público, especialmente naquele onde ocorreu as festividades de ano novo. Não há, outrossim, nenhum elemento, no acórdão vergastado, indicativo de que era proibido o acesso ao local do acidente ou que o município tenha prevenido o acesso à multicitada área pública, ao contrário, a presunção é de que o local fosse seguro, uma vez que próximo de onde ocorreu as festividades de passagem de ano. Dessarte, irreprochável a conclusão de que, in casu, não há culpa concorrente dos pais, tendo sido a conduta do município causa exclusiva para a ocorrência do dano.
> 6. Considerando-se a necessidade de estabelecimento de novo valor a ser pago a título de indenização, excluindo a culpa concorrente dos pais, e que tal fixação demanda reexame do contexto fático-probatório - vedado nesta instância por força do disposto na Súmula 7/STJ - mister sejam devolvidos os autos ao Tribunal de origem para que fixe novo valor de indenização, proporcional aos danos causados à vítima.
> 7. Recurso Especial provido, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para fixação de novo valor indenizatório.
> (REsp 1837378/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 25/05/2020)

2. Concessionária de Rodovia não responde por roubo e sequestro: roubo e sequestro com arma de fogo em uma rodovia não ensejam responsabilidade da concessionária de rodovia – é um evento fortuito/força maior que rompe o nexo causal. Não se aplica, no Direito brasileiro, a teoria do risco integral em que o Estado ou quem lhe faça às vezes, como as concessionárias, tenham responsabilidade por todo e qualquer dano gerado ao particular. Não se pode vislumbrar algo nesse sentido no Brasil. Roubo e sequestro com arma de fogo é um elemento capaz e suficiente para romper com o nexo causal da responsabilidade da concessionária.

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ROUBO E SEQUESTRO OCORRIDOS EM DEPENDÊNCIA DE SUPORTE AO USUÁRIO, MANTIDO PELA CONCESSIONÁRIA. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Ação ajuizada em 20/09/2011. Recurso especial interposto em 16/09/2016 e distribuído ao Gabinete em 04/04/2018.
> 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (Serviço de Atendimento ao Usuário).
> 3. "A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado" (STF. RE 591874, Repercussão Geral).
> 4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexidade com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público. 5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexidade com as atividades desenvolvidas pela recorrente.
> 6. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência de nexo causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente.
> 7. Recurso especial provido.
> (REsp 1749941/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

a) Da Qualidade de Agente Público

O Estado é responsável pelos atos ou omissões de seus agentes, de qualquer nível hierárquico, independentemente de terem agido ou não dentro de suas competências, ainda que, no momento do dano, estejam fora do horário de expediente. O art. 37, § 6º da CR/88, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. Foi o que se decidiu no caso do servidor público que, ao fazer uso da arma pertencente ao Estado, mesmo não estando em serviço, matou um menor na via pública (STF RE 135.310); em hipótese de assalto praticado por policial fardado (STF ARE 644.395 AgR); e no episódio de agressão praticada fora do serviço por soldado, com a utilização de arma da corporação militar (STF RE 160.401).

Julgados Relevantes

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (RE 580252)

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular. (RE 136861)

É imprescindível para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em decorrência da fixação de preços no setor sucroalcooleiro a comprovação de efetivo prejuízo econômico, mediante perícia técnica em cada caso concreto. (ARE 884325)

O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude. (RE 662405)

Aplica-se igualmente ao Estado a prescrição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de responsabilidade civil objetiva por atividade naturalmente perigosa, irrelevante seja a conduta comissiva ou omissiva.

Entre as atividades de risco "por sua natureza" incluem-se as desenvolvidas em edifícios públicos, estatais ou não (p. ex., instituição prisional, manicômio, delegacia de polícia e fórum), com circulação de pessoas notoriamente investigadas ou condenadas por crimes, e aquelas outras em que o risco anormal se evidencia por contar o local com vigilância especial ou, ainda, com sistema de controle de entrada e de detecção de metal por meio de revista eletrônica ou pessoal.

É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes.

Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física. (RE 1209429/SP)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O hospital que deixa de fornecer o mínimo serviço de segurança, contribuindo de forma determinante e específica para homicídio praticado em suas dependências, responde objetivamente pela conduta omissiva. (REsp n. 1.708.325/RS)

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao entendimento do Excelso Pretório, firmou compreensão de que o Poder Público, inclusive por atos omissivos, responde de forma objetiva quando constatada a precariedade/vício no serviço decorrente da falha no dever legal e específico de agir.

A atividade exercida pelos hospitais, por sua natureza, inclui, além do serviço técnico-médico, o serviço auxiliar de estadia e, por tal razão, está o ente público obrigado a disponibilizar equipe/pessoal e equipamentos necessários e eficazes para o alcance dessa finalidade.

Afasta-se o fato de terceiro.

Reconhecida a responsabilidade estatal por acidente com evento morte em rodovia, é devida a indenização por danos materiais aos filhos menores e ao cônjuge do de cujus. (REsp n. 1.709.727/SE)

Se uma pessoa é atingida por bala perdida durante confronto entre policiais e criminosos, o Estado deverá ser condenado a indenizar, mesmo que a parte autora não consiga provar que a bala partiu dos policiais.

No caso de vítima atingida por projétil de arma de fogo durante uma operação policial, é dever do Estado, em decorrência de sua responsabilidade civil objetiva, provar a exclusão do nexo causal entre o ato e o dano, pois ele é presumido (STF, ARE 1.382.159 AgR/RJ).

2.2.4. Teoria da Interrupção do Nexo Causal/ Teoria da Causalidade Direta, Imediata

Essa teoria é aceita pelo Supremo Tribunal Federal (STF). De acordo com ela, o Estado só deve responder direta e imediatamente após a ação estatal. Havendo um lapso temporal razoável, ocorreria o rompimento do nexo causal e o Estado não seria responsabilizado civilmente.

Exemplo: Preso que fugiu da cadeia e 4 meses após a fuga praticou algum crime. O Estado não responde.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese de Repercussão Geral:

> Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada[83].

Nesse sentido, segue um julgado do STJ[84] sobre o tema:

> RESPONSABILIDADE DO ESTADO - Bala perdida decorrente da ação de menor evadido de estabelecimento de recuperação.
> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

[83] STF. RE 608880 - 08/09/2020

[84] STJ, REsp 858511/ DF, 1ª Turma, Rel. Min Teori Zavascki, j. em. 19.8.2008

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

MORTE DECORRENTE DE "BALA PERDIDA" DISPARADA POR MENOR EVADIDO HÁ UMA SEMANA DE ESTABELECIMENTO DESTINADO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE SEMI-LIBERDADE. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.
1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencialidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).
2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves). No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência.
3. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do STF em casos análogos.
4. Recurso improvido.

3. DANOS DECORRENTES DE OBRAS PÚBLICAS

3.1. Dano pelo Simples Fato da Obra

Nesse caso, não importa quem executou a obra, o Poder Público deve ser o responsável para reparar o ano sofrido pelo particular.

Exemplo: Obras em uma região que impossibilita a atividade de um restaurante.

3.2. Dano Resultante pelo Comportamento Doloso ou Culposo de um Empregado da Contratada

De acordo com o art. 120 da Lei n.º 14.133/2021, “o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante”.

Todavia, o poder público responde subsidiariamente caso o patrimônio da contratada não seja suficiente para pagar a indenização.

Observação.: Há um argumento para o Estado não responder subsidiariamente (difícil aplicação): O Estado não possui culpa in elligiendo, haja vista que na Licitação, o Poder Público não escolhe com quem vai contratar.

3.3. Dano Resultante de uma Conduta do Estado e da Contratada

Cada um responde proporcionalmente a suas participações no evento danoso.

4. DANOS DECORRENTES DE ATOS DE MULTIDÕES

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Regra: Os danos causados a terceiros decorrentes, exclusivamente, de atos de multidões, não acarreta a responsabilidade do Estado, uma vez que se configura como culpa exclusiva de terceiros[85].

Exceção: Há situações em que é notória a omissão do Estado, haja vista que ele teria o dever de proteger o patrimônio das pessoas e evitar os danos provocados pela multidão. Há claramente uma conduta omissiva do Estado. Ex.: Formação de agrupamentos com mostras de hostilidades em certo local. Caso o Estado tenha sido avisado a tempo e sequer mandou agentes para garantir a segurança, há uma omissão culposa do Estado, motivo pelo qual há o dever de reparar[86]. Configuraria uma situação previsível e evitável.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO A TERCEIRO NÃO-USUÁRIO E A USUÁRIO

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende que não há diferença entre a responsabilidade civil das prestadoras de serviços públicos em relação a usuário ou não usuários do serviço público. Em razão do Princípio da Impessoalidade e da Universalidade do serviço público, utiliza-se o art. 37, § 6º da CR/88 para ensejar a responsabilidade objetiva dessas pessoas jurídicas.

6. TEORIA DA DUPLA GARANTIA

De acordo com o STF, o art. 37, § 6º da CR/88 protege a vítima, em razão desta ter de ajuizar a ação contra o Estado, de maneira que este responderia de forma objetiva, prescindindo de comprovação de dolo ou culpa do agente.

Por outro lado, o dispositivo constitucional também protege o próprio agente causador do dano, uma vez que só responderia por meio de uma ação de regresso do poder público contra ele, caso haja com dolo ou culpa. Observa-se, portanto, que a vítima não pode ajuizar a ação diretamente contra o agente. Deve ajuizar contra o poder público.

Nesse sentido, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (RE 1027633)

7. DENUNCIAÇÃO À LIDE

Em termos de responsabilidade civil do Estado, a maioria da doutrina entende que a denunciação à lide é proibida, seria inconstitucional.

Essa doutrina argumenta ser proibida/inconstitucional essa medida processual, uma vez que acarretaria violação ao art. 37, § 6º da CR/88. Este dispositivo vem para facilitar a vida da vítima que, ajuizando a ação contra a pessoa jurídica, terá que provar apenas o nexo causal. Se o agente público integra

[85] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p.565

[86] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p.566a

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

o polo passivo, haverá a necessidade de comprovação de dolo ou de culpa, situação esta que a vítima não desejou comprovar.

Dessa forma, haveria violação a dupla garantia assegurada pelo texto constitucional.

No âmbito do judiciário, essa matéria não é pacífica. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem julgado a denunciação à lide como facultativa.

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. FACULDADE. Nas demandas em que se discute a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano é facultativa, cabendo ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à economia e celeridade processuais. Agravo regimental não provido.
> (STJ - AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-1, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2013).

8. RESPONSABILIDADE ESTATAL NAS RELAÇÕES DE CUSTÓDIA

As doutrinas que se ocupam do tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado foram construídas para lidar com as situações de sujeição geral dos administrados em relação ao Poder Público. Nesse prisma, tais regras de responsabilidade servem como garantia aos administrados submetidos ao império estatal, ou seja, é o contrapeso da supremacia geral que tem o Estado, no exercício do seu poder de polícia.

Casos há, todavia, em que o Estado mantém vínculos especiais com certas pessoas, tais como servidores públicos, alunos de escolas públicas, presos mantidos em cadeias e penitenciárias etc. São relações de supremacia especial, também chamadas de relações de custódia, submetidas a regime disciplinar mais rigoroso e que, por consequência, devem seguir parâmetros distintos de responsabilidade por parte do Estado.

Nessas vinculações diferenciadas, a responsabilidade do Estado é mais acentuada do que nas relações de sujeição geral, à medida que o ente público tem o dever de garantir a integridade das pessoas e bens custodiados. Por isso, a responsabilidade estatal é objetiva inclusive quanto a atos de terceiros. Os exemplos mais comuns são: o preso morto na cadeia por outro detento; a criança vítima de briga dentro de escola pública; bens privados danificados em galpão da Receita Federal. Em todas essas hipóteses, o Estado tem o dever de indenizar a vítima do dano, mesmo que a conduta lesiva não tenha sido praticada por agente público. Cabe, porém, advertir que a responsabilidade estatal é objetiva na modalidade do risco administrativo. De acordo com a jurisprudência do STF e do STJ, o preso que tenha se suicidado também ensejará a responsabilidade do Estado, em razão do risco ser inerente ao meio no qual o detento foi inserido pelo próprio Estado[87].

Assim, por exemplo, o preso assassinado na cadeia por outros detentos durante rebelião gera dever de o Estado indenizar a família. Entretanto, se a morte teve causas naturais (força maior), não há dever de indenizar. Quando ao fato de terceiro, não constitui excludente da responsabilidade nos casos de custódia, em razão do mais acentuado dever de vigilância e de proteção atribuído ao Estado nessas relações de sujeição especial.

[87] STJ.AgRg no REsp 1.305.259-SC

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Diante disso, importante é a leitura de recente julgado do STF sobre o tema:

> Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF, o Estado é responsável pela morte de detento. Essa a conclusão do Plenário, que desproveu recurso extraordinário em que discutida a responsabilidade civil objetiva do Estado por morte de preso em estabelecimento penitenciário. No caso, o falecimento ocorrera por asfixia mecânica, e o Estado-Membro alegava que, havendo indícios de suicídio, não seria possível impor-lhe o dever absoluto de guarda da integridade física de pessoa sob sua custódia. O Colegiado asseverou que a responsabilidade civil estatal, segundo a CF/1988, em seu art. 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, uma vez rejeitada a teoria do risco integral. Assim, a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nas hipóteses em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. Além disso, é dever do Estado e direito subjetivo do preso a execução da pena de forma humanizada, garantindo-se-lhe os direitos fundamentais, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral. Esse dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal. Por essa razão, nas situações em que não seja possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade. Afasta-se, assim, a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, não sendo sempre possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. Portanto, a responsabilidade civil estatal fica excluída nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. Na espécie, entretanto, o tribunal "a quo" não assentara haver causa capaz de romper o nexo de causalidade da omissão do Estado-Membro com o óbito. Correta, portanto, a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. RE 841526/RS, rel. Min. Luiz Fux, 30.3.2016. (RE-841526)

Ainda, veja que o Estado também deve responder quando houver sua inércia. Ex.: Professora que é ameaçada por um aluno, comunica a escola e esta não faz nada. O aluno bate na professora. O Estado responderá ainda que o dano tenha ocorrido por culpa exclusiva de terceiros[88].

9. PRESCRIÇÃO

9.1. Ação de Regresso – Art. 37, § 5° da CR/88

Em relação a esta ação, há uma mudança no entendimento do STF. No RE 669069/2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou tese de repercussão geral no sentido de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. No julgamento, discutiu-se o prazo de prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário. Contudo, enfatiza-se que essa tese não alcança prejuízos que decorram de ato de improbidade administrativa.

[88] Resp 1.142.245 – STJ, Rel. Mini. Castro Meira.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

9.2. Ação de Indenização

9.2.1. Dano causado pelo Regime Militar

O STJ tem permitido a reparação desses danos em razão de entendê-los imprescritíveis. De acordo com o STJ, os atos danosos praticados pelo regime militar são considerados imprescritíveis, motivo pelo qual podem ser combatidos a qualquer momento[89].

Nesse sentido, há a Súmula 647 do STJ, segundo a qual são imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar.

9.2.2. Ação de Responsabilidade Civil

Entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência é de que o prazo prescricional ação de responsabilidade civil é de 5 anos, aplicando o art. 1º do Decreto 20.910/32.

O STJ entende que o termo inicial para ajuizar ação regressiva é o trânsito em julgado da condenação do ente público.

De acordo com o Enunciado 40 do CJF, nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n.º 20.910/1932 (art. 1º), em detrimento do prazo trienal estabelecido no Código Civil de 2002 (art. 206, § 3º, V), por se tratar de norma especial que prevalece sobre a geral.

10. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

O Poder Legislativo edita atos que exteriorizam a soberania estatal, mas que pode causar danos a particulares. Dessa forma, pode ensejar a indenização pelo Estado nas seguintes hipóteses:

10.1. Leis de Efeitos Concretos

É uma lei que atinge um indivíduo específico ou a um grupo determinado de pessoas. É lei em sentido formal, mas do ponto de vista material é ato administrativo. A Lei pode ser válida e constitucional, mas enseja dano ao particular. Ex.: Lei que proíbe veículos de circularem no centro da cidade. Esta lei causa danos a pessoas que possuem estacionamentos no centro.

10.2. Leis Inconstitucionais

Para que a lei inconstitucional enseje a responsabilização do Estado não basta comprovar a sua inconstitucionalidade. Faz-se necessário comprovar a existência de um dano e o efetivo nexo causal.

[89] DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ATOS DE TORTURA. É imprescritível a pretensão de recebimento de indenização por dano moral decorrente de atos de tortura ocorridos durante o regime militar de exceção. Precedentes citados: AgRg no AG 1.428.635-BA, Segunda Turma, DJe 9/8/2012; e AgRg no AG 1.392.493-RJ, Segunda Turma, DJe 1/7/2011. REsp 1.374.376-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25/6/2013 (Informativo nº 0523).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A declaração de inconstitucionalidade pode ensejar a reparação do Estado, seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado[90]. Na doutrina e jurisprudência registra-se como predominante a possibilidade de responsabilização, no caso de haver a prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade[91].

10.3. Omissão Inconstitucional Quanto ao Dever de Legislar

Nesta hipótese, para que ocorra a responsabilidade civil do Estado, deve-se observar a razoabilidade. Caso o legislador seja omisso e não se manifeste em prazo razoável, não há que se falar em indenização para o particular. Contudo, se a omissão ultrapassa os padrões da razoabilidade, deve o poder público reparar eventuais prejudicados[92].

11. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

Atividade judiciária[93] – Atividades realizadas por pessoas que trabalham no poder judiciário, destinadas a viabilizar a prestação jurisdicional. São os "atos administrativos de apoio praticados no Judiciário"[94], como por exemplo os praticados por motoristas, agentes de limpeza, escrivães e servidores. Sobre esses atos há a responsabilidade estatal, nos termos do art. 37, § 6º da CR/88.

Atividade Jurisdicional – É a atividade realizada pelo magistrado no exercício da sua função. São os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças prolatadas pelo juiz.

Em relação aos atos jurisdicionais deve-se fazer a análise da independência funcional do magistrado e a possibilidade de interpor recursos. Isto é, cada juiz pode julgar uma mesma causa de formas diferentes e isso não pode ensejar a responsabilidade estatal. Ademais, quando o tribunal reforma a decisão de um magistrado não quer dizer que ele errou. O tribunal, apenas, pensou de forma diferente.

Quando o magistrado atuar com dolo no exercício da sua função deve o Estado ser responsabilizado nos termos do art. 37, § 6º da CR/88. Há, inclusive, previsão de responsabilidade pessoal do juiz, em tais casos (art. 143 do CPC).

Quando a conduta for culposa, há de observar a natureza da ação. Se for uma ação de natureza penal, a conduta culposa enseja a responsabilidade do Estado, de acordo com o art. 5º LXXV da CR/88[95].

Em relação a ações de natureza civil, deve-se distinguir os atos do juiz em atos tipicamente jurisdicionais e atos funcionais. Em relação àqueles, o Estado não deve ser responsabilizado, em virtude de possíveis recursos que o ato pode sofrer. Por sua vez, em relação a estes, o Estado deve ser responsabilizado

[90] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.p.573.

[91] CUNHA JR. Dirley. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Juspodivm, 2020.p.439.

[92] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.574.

[93] De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro "com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[94] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013., p.575.

[95] Art. 5º, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

civilmente. Ex.: Juiz que retarda, sem justo motivo, o andamento de processos; perde processos por negligenciar sua guarda.

> **OBS.:** Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, 6º). Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso. Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. Inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público (RE-AgR 385.943/SP, DJ 19/02/2010).

12. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), o Estado possui responsabilidade civil direta e primária pelos danos que tabeliães e oficiais de registro, no exercício de serviço público por delegação, causem a terceiros. Ademais, o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa[96].

Por outro lado, a legislação acerca de notários e registradores trata a matéria de forma diferente, de modo que a responsabilidade do notário seria subjetiva. Assim, conforme dispõe o art. 22 da Lei n.º 8.935 de 1994, os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

De acordo com Marcio André Cavalcante, a responsabilidade civil dos notários e registradores não precisa ser, necessariamente, objetiva, tal qual prevê o art. 37, § 6º da CF/88 considerando que o constituinte facultou ao legislador a opção de estipular regra diversa. Em outras palavras, a própria Constituição Federal retirou o assento constitucional da regulação da responsabilidade civil e criminal dos notários, relegando-a à autoridade legislativa.

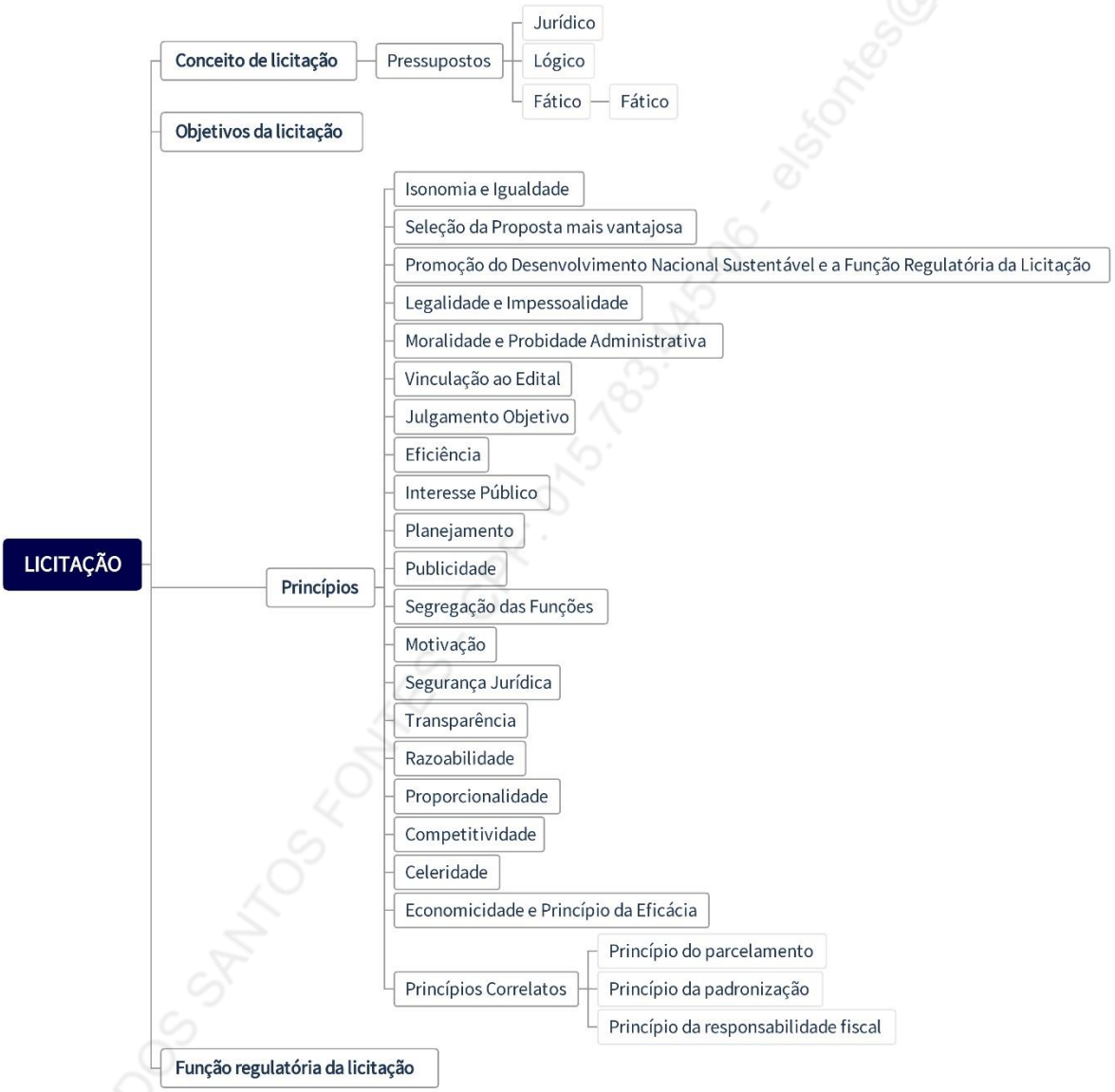
A disciplina conferida à matéria pelo legislador consagra a responsabilidade civil subjetiva dos notários e oficiais de registro. Portanto, não compete ao STF fazer interpretação analógica e extensiva, a fim de equiparar o regime jurídico da responsabilidade civil de notários ao das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º, da CF/88)[97].

[96] STF. Plenário. RE 842846/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2019 (repercussão geral) (Info 932).

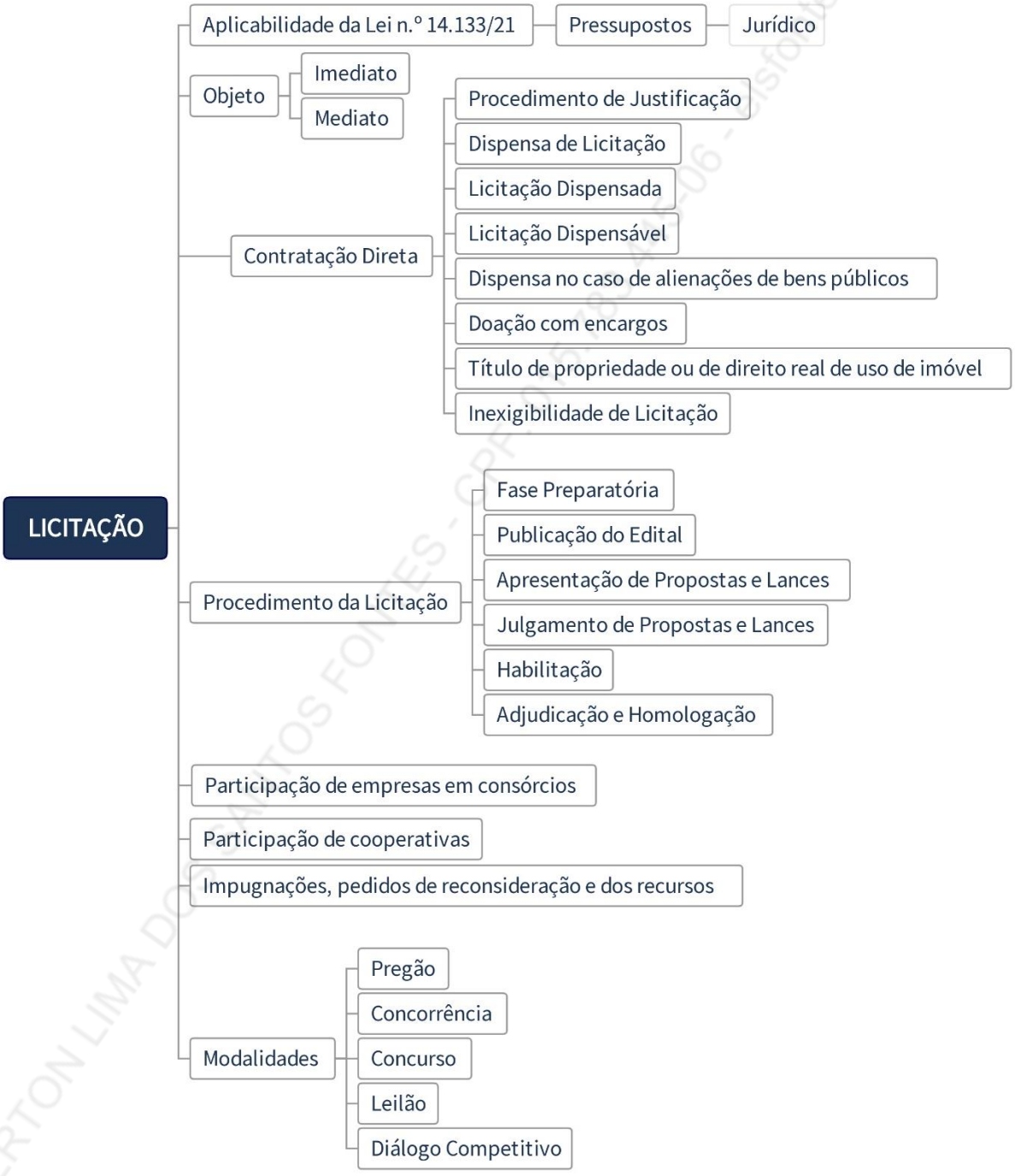
[97] Dizer o Direio. https://www.dizerodireito.com.br/2019/03/o-estado-responde-objetivamente-pelos.html

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

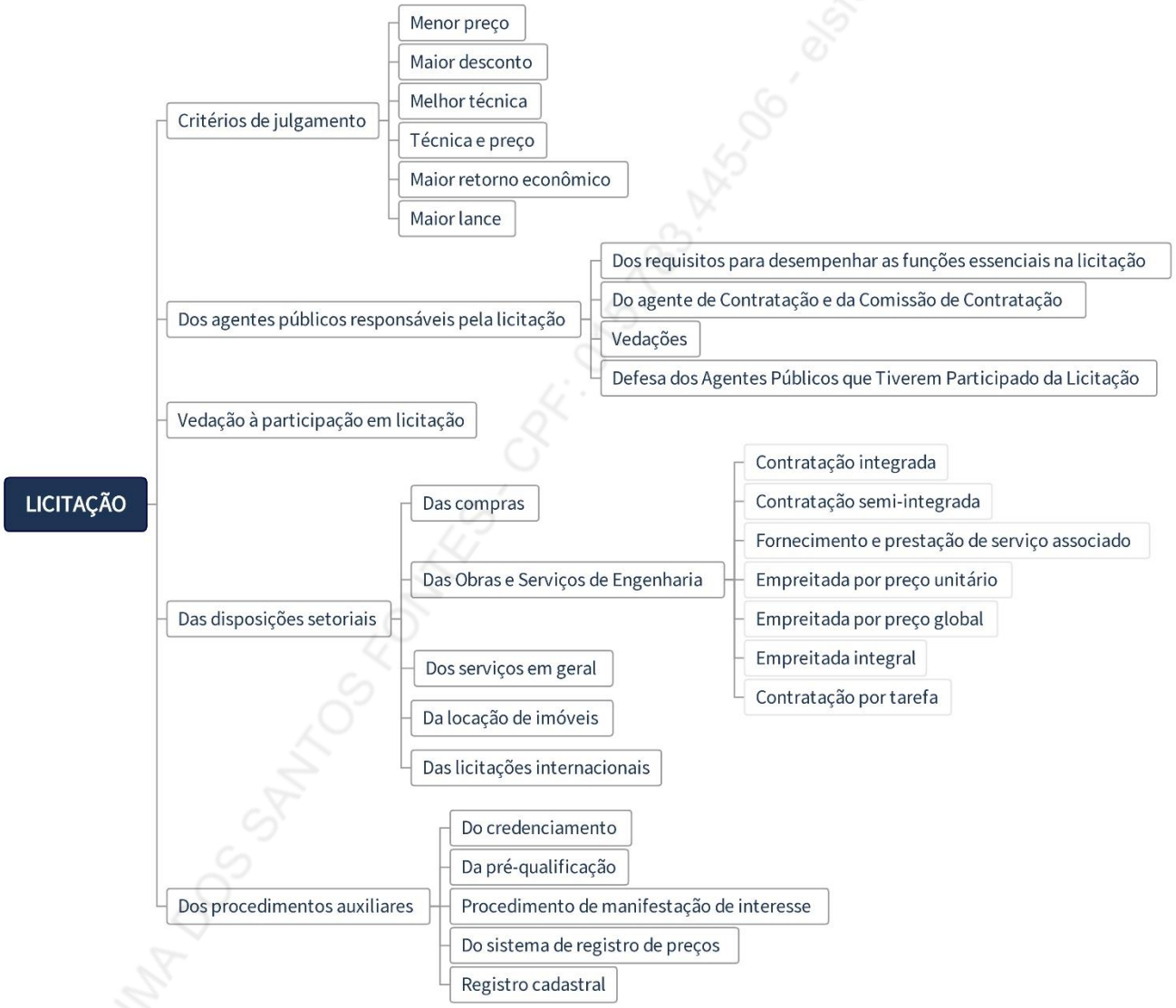
6 LICITAÇÃO – LEI N° 14.133/21



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO DE LICITAÇÃO

De acordo com o Marçal Marçal Justen Filho[98], licitação é:

> Um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Percebe-se que, pelo conceito acima, a licitação envolve uma série ordenada de atos, possibilitando aos interessados apresentarem à Administração Pública suas propostas, competindo de forma isonômica.

É importante dizer que é um procedimento disciplinado por lei, tais como a Lei n.º 14.133/21 e a Lei n.º 13.303/16.

Atente-se para o fato de a licitação ser um procedimento que visa a selecionar a proposta mais vantajosa. Entende-se que não é a proposta mais barata; deve-se ter em mente o chamado custo-benefício. Em outras palavras, "a maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação.[99]"

A Lei n.º 14.133/21 será aplicável para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como para os fundos especiais e as demais entidades controladas direta e indiretamente pela Administração Pública.

Aplicam-se às licitações e aos contratos disciplinados pela Lei n.º 14.133/21 as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que disciplinam o tratamento favorecido as micro-empresas e empresas de pequeno porte.

Todavia, a disciplina do tratamento favorecido não será aplicada:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, bem como

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, em que não será aplicada às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

A obtenção de benefícios da Lei Complementar n.º 123/06 ficará limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

[98] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 494

[99] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed., rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 496

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Atente-se que, nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato para aplicação dos limites de receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

O estudo mais detalhado acerca das MEs e EPPs será feito no Capítulo específico de nosso e-book. Ademais, a Lei n.º 14.133/21 revoga a Lei n.º 8.666/93, a Lei n.º 10.520/02, e os arts. 1º a 47 da Lei n.º 12.462/11, após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação oficial. Por sua vez, as disposições penais da Lei n.º 8.666/93 foram revogadas na data da publicação da nova legislação.

Note que, nos termos do art. 191 e do art. 193, II da Lei n.º 14.133/21, a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 12.462/11 continuaram em vigor por até dois anos após a publicação da nova lei. Assim, por esse prazo de dois anos, a Administração Pública poderá optar por licitar ou contratar diretamente pelas legislações anteriores ou pela nova legislação, de modo que vigorará um regime simultâneo. Caberá ao edital, ao aviso ou ao instrumento de contratação direta indicar expressamente a legislação aplicável, sendo vedada a aplicação combinada dos regimes. Registre-se, em tempo, que a lei nº 8.666/93 teve ainda uma sobrevida alongada pela MP 1.167/23, que alterou o artigo 193 da lei 14.133/2021 para determinar a revogação das leis acima mencionadas, incluindo a 8.666/93, apenas no dia 30 de dezembro de 2023.

O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor da Lei n.º 14.133/21 continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada, bem como se a Administração optar por licitar de acordo com as leis anteriores, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Saliente-se que com a chegada da data de encerramento de vigência do regime licitatório anterior, houve a edição da Medida Provisória 1.167/2023 que deu nova redação ao texto da Lei 14.133/2021 e garantiu uma ˜sobrevida" ao regime anterior até 30/12/2023, nos seguintes termos:

> **Art. 1º A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> "Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que:
> I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e
> II -a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.
> § 1º Na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.
> § 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do caput do art. 193." (NR)
> "Art. 193. .....
> .....
> II - em 30 de dezembro de 2023:
> a) a Lei nº 8.666, de 1993;
> b) a Lei nº 10.520, de 2002; e
> c) os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011." (NR)
> Art. 2º Fica revogado o parágrafo único do art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021.

Importante: a competência para legislar sobre licitações e contratos é privativa da União, nos termos do art. 21, XXVII da CR/88. Contudo, a ordem constitucional reconheceria, em favor dos estados-membros e municípios, a autonomia para criar direito em matéria de licitações e contratos independentemente de autorização formal da União. Todavia, essa autonomia não seria incondicionada, devendo ser exercida apenas para a suplementação das normas gerais expedidas pela União.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Assim, de acordo com o STF, é inconstitucional lei estadual ou municipal que introduz a certidão de violação de defesa do consumidor, uma vez que se trata de requisito genérico e inteiramente novo para habilitação em qualquer licitação. Dessa forma, a referida lei invadiu a competência privativa da União[100].

Por outro lado, o STF já reconheceu a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que proíba a contratação pelo poder público de empresas de parentes de governador, vice-governador, deputado, prefeito, vice-prefeito e vereador.

Ademais, a doutrina entende que é constitucional a lei estadual ou municipal que realiza a inversão das fases da licitação[101].

O STF entendeu como constitucional a lei estadual ou municipal que estabelece a preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração, sem que se configure usurpação de competência legislativa da União em fixar normas gerais sobre o tema. Além disso, entendeu o STF que a matéria atinente a licitações e contratos não é privativa do chefe do poder executivo[102].

Em outro relevante julgado, o STF entendeu como inconstitucional lei estadual ou municipal que proíba de firmarem contrato com a Administração as pessoas jurídicas que discriminarem, na contratação de mão de obra, pessoas cujo nome esteja incluído nos serviços de proteção ao crédito. A norma violaria a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, bem como feriria o princípio da igualdade entre os licitantes[103].

Por fim, observa-se que a licitação possui três pressupostos:

- jurídico;
- lógico; e
- fático.

O pressuposto jurídico estabelece que a licitação deve ser um meio para se chegar ao interesse público, de modo que não é um fim em si mesmo. Por sua vez, o pressuposto lógico consiste na pluralidade de ofertantes e de objetos. O fático consiste na pluralidade de interessados na licitação.

---

[100] "A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local. Ao dispor nesse sentido, a Lei estadual 3.041/2005 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF/1988)." [ADI 3.735, rel. min. Carmen Lúcia, j. 8-9-2016, P, DJE de 1º-8-2017.]

[101] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 8.666/93. 18, ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 20.

[102] STF. ADI 3.059/RS, Pleno, rel. Min. Ayres Britto. 07 de maio de 2015.

[103] STF. ADI 3.670/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 18 de maio de 2007.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2. OBJETIVOS DA LICITAÇÃO

De acordo com o art. 11 da Lei n.º 14.133/21, o processo licitatório tem por objetivos:

> **I.** assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
> **II.** assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
> **III.** evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

Faz-se importante diferenciar o sobrepreço do superfaturamento. O primeiro, nos termos do art. 6º, LVI da Lei n.º 14.133/21 consiste no preço orçado para a licitação ou o contratado em **valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado**, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada.

Por sua vez, o superfaturamento consiste, nos termos do art. 6º, LVII da Lei n.º 14.133/21, no dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, **entre outras situações**, por:

- medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços;

Assim, diante do previsto no dispositivo legal, as causas de superfaturamento estão em um rol meramente exemplificativo.

> **IV.** incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

3. PRINCÍPIOS – ART. 5° DA LEI N.° 14.133/21

3.1. Princípio da Isonomia e Igualdade

O tratamento isonômico e igualitário entre os licitantes consiste em um dos objetivos da licitação, nos termos do art. 11, II da Lei n.º 14.133/21. A preocupação da legislação é assegurar a isonomia entre os licitantes, de modo que também reste assegurada a justa competição entre eles.

Esses princípios têm aplicação no art. 9º, I, 'b', e II da Lei n.º 14.133/21. Assim, é vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

> **I.** estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
> **II.** estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observe, contudo, que a própria lei tratou de disciplinar algumas diferenciações entre os licitantes, estabelecendo uma margem de preferência, nos termos do art. 26.

Haverá margem de preferência para:

I. bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II. bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

A margem de preferência:

I. será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, na hipótese de bens manufaturados e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras;

II. poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem nas duas situações estabelecidas acima.

Atente-se que a margem de preferência poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados-Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo presidente da República.

Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência poderá ser de até 20% (vinte por cento).

A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior:

I. à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II. aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.

Ademais, as preferências devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos previsto na Lei Complementar n.º 123/03.

Por fim, é preciso analisar um relevante julgado do Supremo Tribunal Federal[104]. O STF, ao analisar a competência legislativa sobre licitações e contratos, firmou o entendimento de que a igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição, pode ser relativizada por duas vias:

(a) pela **lei**, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e

(b) pela **autoridade responsável** pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

[104] STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.735. Rel. Ministro Teori Zavascki.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Princípio da Seleção da Proposta Mais Vantajosa

A licitação terá, como um dos seus objetivos, nos termos do art. 11, I da Lei n.º 14.133/21, assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto.

Lembre-se de que a licitação busca a proposta mais vantajosa, assentada no chamado custo-benefício.

3.3. Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável e a Função Regulatória da Licitação

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável é um dos objetivos da licitação, nos termos do art. 11, IV da Lei n.º 14.133/21.

Esse princípio, também chamado de princípio da sustentabilidade da licitação ou licitação sustentável, está ligado à ideia de que é imperativo, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente, bem como adotar critérios sociais e econômicos nas contratações públicas. Nesse sentido, o edital de licitação deve estabelecer parâmetros a serem respeitados pelos interessados em participar da licitação, como também por suas propostas.

Em outras palavras, o licitante deve cumprir todos os protocolos de preservação ambiental, desenvolvendo o objeto licitado com respeito ao meio ambiente.

A Administração Pública, quando for escolher o licitante para contratar, escolherá o que desenvolva o objeto da licitação sem prejudicar o meio ambiente.

3.4. Legalidade e Impessoalidade

Todos os licitantes devem ser tratados igualmente em termos de direitos e obrigações. Na tomada de decisões, a Administração não se deve pautar em condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas.

3.5. Moralidade e Probidade Administrativa

A licitação deve se pautar pela honestidade e boa-fé. A moralidade e a probidade administrativa orientam tanto a conduta da Administração Pública, quanto a conduta dos licitantes.

3.6. Vinculação ao Edital

O edital é a lei interna da licitação. Segundo este princípio, a Administração Pública não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

A vinculação ao edital dirige-se tanto à Administração Pública quanto aos licitantes.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A vinculação ao instrumento convocatório é um princípio essencial, cuja inobservância enseja nulidade do procedimento[105]. Porém, destaca-se que este princípio deve ser observado com mitigação do formalismo, de modo a possibilitar que sejam superados eventuais vícios formais que não causem prejuízo ao interesse coletivo ou aos demais licitantes.

Nesse momento, faz-se importante o estudo do princípio do formalismo moderado.

O artigo 12 da Lei n.º 14.133/21 estabelece algumas situações em que o formalismo da licitação poderá ser mitigado. Nesse sentido, o inciso III estabelece que o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo.

No mesmo sentido, o inciso IV afirma que a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Por fim, nos termos do inciso V, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal.

3.7. Julgamento Objetivo

Por este princípio, as propostas apresentadas devem ser julgadas de maneira objetiva, tomando como parâmetros os critérios de julgamento das propostas. Assim, o que se quer é proibir o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes levando-se em conta aspectos pessoais, subjetivos dos licitantes.

O princípio do julgamento objetivo visa a afastar o caráter discricionário quando da escolha de propostas em processo licitatório, obrigando os julgadores a se aterem aos critérios prefixados pela administração pública, o que reduz e delimita a margem de valoração subjetiva no certame.

Perceba que o que é julgado são as propostas. Não os licitantes. Estes são habilitados ou inabilitados.

São tipos de licitação: I – menor preço; II – maior desconto; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – técnica e preço; V – maior lance, no caso de leilão; VI – maior retorno econômico, conforme dispõe o art. 33 da Lei n.º 14.133/21.

Os critérios de julgamento serão estudados no tópico 11.

3.8. Princípio da Eficiência

Na Lei n.º 8.666/93, o Princípio da Eficiência consistia em um Princípio Licitatório Implícito. Na Lei n.º 14.133/21, trata-se de um princípio expresso.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, eficiência seria “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da eficiência exige resultados positivos para o serviço público.

Esse princípio tem por objetivo substituir a administração burocrática pela administração gerencial.

[105] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A busca por resultados positivos deve ser pautada por processo político-participativo, por meio do qual é possibilitada a presença da sociedade na tomada de decisões da Administração Pública.

3.9. Princípio do Interesse Público

Por óbvio, o procedimento licitatório deve seguir o interesse público, isto é, deve atender às finalidades públicas, cumprindo o pressuposto jurídico da licitação.

O pressuposto jurídico estabelece que a licitação deve ser um meio para se chegar ao interesse público, de modo que não é um fim em si mesmo.

3.10. Princípio do Planejamento

Por este princípio, a licitação deve ser planejada, com o intuito de cumprir os seus objetivos. Esse planejamento ocorrerá, sobremaneira, na fase preparatória da licitação.

O princípio do planejamento exige do gestor público uma organização para se realizar a licitação, de modo a evitar licitações desnecessárias ou aventureiras.

A Lei n.º 14.133/21, em seu art. 18, estabelece que a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação.

Assim, é na fase preparatória que haverá, dentre outras situações, a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; a definição do objeto; o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; a elaboração do edital de licitação e da minuta de contrato.

3.11. Princípio da Publicidade

Nos termos do art. 13 da Lei n.º 14.133/21, os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação no Portal Nacional de Contratações Públicas, no Diário Oficial do ente federado, bem como em jornal diário de grande circulação.

Em se tratando de consórcio público, além do jornal diário de grande circulação, haverá a obrigatoriedade de publicação no Diário Oficial do ente de maior nível entre eles.

Também é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, como também em jornal diário de grande circulação.

Outrossim, é facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

Atenção: Publicidade Diferida

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A publicidade será diferida:

I. quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II. quanto ao orçamento da Administração.

No que tange à publicidade diferida do orçamento da Administração, faz-se importante o estudo do art. 24 da Lei n.º 14.133/21.

De acordo com o dispositivo legal, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso, o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo.;

A Lei n.º 14.133/21 conferiu poder discricionário ao gestor público para conceder ou não caráter sigiloso ao orçamento. Ademais, ainda que o gestor escolha pelo orçamento sigiloso, esse sigilo não será absoluto, haja vista que os órgãos de controle interno e externo poderão ter acesso a ele.

Outro ponto relevante é a necessidade de justificar, motivar o sigilo do orçamento, de modo, então, que a regra é que o orçamento seja público. Somente quando houver justo motivo, o orçamento deve ser sigiloso.

Ademais, nos termos do art. 18, XI, o gestor público deve proceder a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, caso opte pelo sigilo.

Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

3.12. Princípio da Segregação das Funções

A segregação de funções é a separação das diversas funções realizadas durante o decorrer do processo licitatório, entre diversos agentes públicos, de modo a evitar concentração de poderes, decisões e atos em um só agente público, haja vista a complexidade de uma licitação. É a ferramenta para otimizar e gerar eficiência administrativa.

O referido princípio tem por objetivo evitar conflitos de interesses, de modo que se faz necessário repartir funções entre os servidores para que não exerçam atividades incompatíveis. Desse modo, quer-se evitar, por exemplo, que um servidor seja o fiscalizador do ato que ele mesmo praticou.

Nos termos do art. 7, § 1º, a autoridade competente deverá observar o princípio da segregação de funções, **vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos**, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Trata-se de princípio constantemente presente nas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), sendo instrumento importante no exercício do controle da Administração Pública.

Aplicações do princípio:

Não designar, para compor comissão de licitação, o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório. (Acórdão TCU nº 686/2011 – Plenário).

Considera-se falta de segregação de funções, o Chefe do Setor de Licitações e Contratos elaborar o projeto básico e atuar no processo como Pregoeiro. (CGU, relatório RELATÓRIO nº 174805/2005).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Considera-se falta de segregação de funções quando o pregoeiro e a equipe de apoio à licitação realizam trabalho de comissão de recebimento dos materiais. (CGU, relatório RELATÓRIO nº 174805/2005).

Deve ser observado o princípio da segregação de funções nas atividades relacionadas à licitação, à liquidação e ao pagamento das despesas. (Acórdão nº 1.013/2008 – TCU 1ª Câmara).

3.13. Princípio da Motivação

Por exigência constitucional, os atos licitatórios também devem ser motivados, isto é, deve haver a exteriorização das razões de fato e de direito que ensejam a prática daquele determinado ato.

Nesse sentido, pode-se pontuar o art. 18, IX da Lei n.º 14.133/21, que estabelece a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio.

Outro ponto que deve ser motivado é o momento de divulgação do orçamento da licitação (art. 18, XI), a motivação social e ambiental do contrato (art. 147, III).

3.14. Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica tem como objetivo estabilizar e dar a certeza a determinadas relações jurídicas existentes entre o administrado e a Administração Pública.

O princípio da segurança jurídica pode ser entendido em dois sentidos:

Objetivo: trata-se da estabilização do ordenamento jurídico, haja vista a necessidade de respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Subjetivo: trata-se da proteção da confiança das pessoas, em razão das expectativas criadas por atos da Administração Pública.

O princípio da segurança jurídica possui caráter amplo, aplicável às relações públicas e privadas. Por outro lado, a confiança legítima tutela a esfera jurídica do particular, protegendo-o de atos arbitrários do Estado.

Especificamente, no que tange à confiança legítima, faz-se necessário pontuar pela aplicação da teoria dos atos próprios ou venire contra factum proprium. Para a aplicação dessa teoria, deve-se observar 3 (três) requisitos:

1) Identidade subjetiva e objetiva: por este requisito, os atos anterior e posterior devem emanar da mesma administração e serem editados no âmbito da mesma relação jurídica.

2) Conduta anterior válida e unívoca.

3) Atuação contraditória: o ato posterior é incompatível com o ato anterior.

Este princípio, nos termos do art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei n.º 9.784/99, veda a aplicação retroativa de nova interpretação sobre uma norma. Observe que é possível uma norma sofrer nova interpretação, sendo proibido que essa nova interpretação seja aplicada para relações jurídicas anteriormente decididas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Com um propósito de dar às licitações e contratos maior segurança jurídica, o art. 172 da Lei n.º 14.133/21 estabelece que os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União (TCU) relativos à aplicação da lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

3.15. Princípio da Transparência

A transparência dos atos da Administração Pública é condição indispensável para a legalidade e legitimidade da atuação administrativa. No âmbito das licitações e contratos não poderia ser diferente, especialmente pelo fato de estar envolvido recursos públicos. Trata-se, assim, de uma necessidade imposta pelo princípio republicano, ampliando o controle do povo – titular do poder – sobre os atos dos governantes.

Nesse sentido, para exteriorizar a transparência nos procedimentos licitatórios e os contratos decorrentes, a Lei n.º 14.133/21 criou o chamado Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), previsto no art. 174.

O PNCP consiste em um sítio eletrônico destinado à: 1) divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela legislação; e 2) realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo presidente da República e composto de:

a) 3 (três) representantes da União indicados pelo presidente da República;

b) 2 (dois) representantes dos estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;

c) 2 (dois) representantes dos municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

O PNCP conterá informações como planos de contratação anuais; catálogos eletrônicos de padronização; editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos; atas de registro de preços; contratos e termos aditivos e notas fiscais eletrônicas.

O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação.

A Lei nº 14.133/21 preocupou-se tanto com a transparência dos atos que, nos termos do art. 175, os entes federativos poderão instituir, para além do PNCP, sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

3.16. Princípio da Razoabilidade

De acordo com este princípio, a Administração Pública deve atuar com bom senso, nos termos do senso comum. O princípio tem origem no direito anglo-saxão, desenvolvido no âmbito da common law.

O princípio da razoabilidade consagra a ideia do substantive due process of law, deixando de lado um caráter meramente procedimental, para incluir uma versão substantiva, de proteção das liberdades e dos direitos individuais contra abusos e ilegalidades praticados pelo Estado.

A razoabilidade é a soma da necessidade (exigibilidade) e da adequação. Em outras palavras, o Poder Público deve atuar quando necessário e de forma adequada.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observe que o princípio da razoabilidade tem o objetivo de limitar a discricionariedade administrativa, uma vez que agir discricionariamente não significa atuar de forma desarrazoada. Portanto, as decisões administrativas que violarem a razoabilidade não serão inoportunas ou inconvenientes, mas, na verdade, serão ilegais, porque ofenderão a finalidade da lei.

> "O princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade.[106]"

Este princípio foi mencionado expressamente pela lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n.º 9.784/99).

Exemplo: prefeito tem verba pública para uma obra. O município precisa de escola e de hospital. O prefeito escolhe destinar a verba para a construção de uma escola.

Nota-se e que o STF pontua como sede material expressa do referido princípio o devido processo legal, no seu aspecto substantivo, qual seja, a proteção direta dos bens jurídicos. Isso se difere da acepção adjetiva, que trata das garantias processuais, dos instrumentos de proteção dos bens jurídicos[107].

3.17. Princípio da Proporcionalidade

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade tem origem no direito germânico. Para muitos autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estaria contido no princípio da razoabilidade.

De acordo com este princípio, a atuação da Administração Pública deve observar os meios e os fins. Ou seja, o Poder Público deve obter a finalidade a que se destina da forma menos gravosa para a sociedade. A base do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder. Isto é, os atos dos agentes públicos não podem ultrapassar os limites do adequado.

Ele decorre do princípio constitucional da legalidade e foi mencionado expressamente pela lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n.º 9.784/99).

Imposição de uma penalidade branda em razão de uma infração leve cometida pelo servidor público.

Por fim, há doutrina que divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios:

Adequação ou idoneidade: o ato do Estado será adequado quando permitir o resultado pretendido.

Necessidade ou exigibilidade: quando houver duas ou mais medidas adequadas para alcançar as finalidades pretendidas, deve-se adotar a medida menos gravosa aos direitos fundamentais.

Proporcionalidade em sentido estrito: trata-se da ponderação custo-benefício. Deve-se ponderar o ônus e o benefício da conduta estatal.

[106] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.41

[107] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2016. P.239.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.18. Princípio da Competividade

Para que seja cumprindo o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, a licitação precisa ter uma justa competição. Assim, o princípio da competitividade ganha extrema relevância no estudo da licitação, sendo a própria essência de um procedimento licitatório.

A Lei. N.º 14.133/21, em diversos dispositivos, preocupou-se em assegurar a competição entre os licitantes durante todo o certame.

Nesse sentido, art. 6º, XXV, 'c' e 'd', ao conceituar o projeto básico e trazer os seus elementos, se preocupa com a manutenção do caráter competitivo da licitação.

Ademais, o art. 9º, I, 'a' estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas.

No mesmo sentido, o art. 25, §2º, permite ao edital, desde que não seja prejudicial à competitividade do processo licitatório, prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

Também com o objetivo de ampliar a competitividade, o art. 31, § 3º estabelece que o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários, além da divulgação no sítio eletrônico. Trata-se aqui de uma relação entre ampla publicidade e ampliação da competitividade.

Outro ponto legal que mostra a preocupação com a competição do certame refere-se ao princípio do parcelamento. Por ele, a licitação tem dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado, conforme dispõem o art. 40, §2º, III e o art. 47, §1º, III da Lei n.º 14.133/21.

Por fim, merece especial atenção a importância da competitividade no procedimento licitatório, que a Lei n.º 4.717/65, a Lei da Ação Popular, estabelece, em seu art. 4º, III, 'b' e 'c', que serão nulos os editais e as licitações que comprometam ou impliquem limitação das possibilidades normais de competição.

3.19. Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade, inicialmente consagrado na Lei n.º 10.520/2002, tem por finalidade tornar o certame licitatório mais célere, mais rápido, de modo a afastar os rigorismos excessivos, as formalidades desnecessárias e os demais processos que aumentariam o tempo de resolução da licitação.

A ideia do princípio da celeridade é ter um resultado mais rápido, que demande menos recursos financeiros e pessoais.

Nesse sentido, o art. 12 da Lei n.º 14.133/21 consagra pontos em que se privilegiará a celeridade, em detrimento de uma formalidade desnecessária. O inciso III estabelece que o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo.

No mesmo sentido, o inciso IV afirma que a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Por sua vez, o inciso V apregoa que o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal. Por fim, o inciso VI estabelece que os atos serão

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico.

Trata-se, portanto, de instrumentos que objetivam dar uma maior celeridade para o procedimento licitatório.

3.20. Economicidade e Princípio da Eficácia

A economicidade consiste em um princípio constitucional, consagrado no art. 70 da Constituição da República.

De acordo com Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, a economicidade consiste no exame das "alternativas escolhidas pelo agente público relativamente ao binômio custo/benefício, isto é, para verificar se foram as melhores (com o mínimo de dispêndio) para a aplicação dos recursos públicos"[108].

Em outras palavras, a economicidade do processo licitatório imprime maior celeridade e qualidade aos atos praticados ao longo do procedimento, de modo a se gerar um menor custo aos cofres públicos. Assim, deve-se, antes da realização da licitação e de eventual contratação, proceder à análise do custo-benefício do ato.

Nesse sentido, de acordo com o art. 18, § 1º, IX, da Lei n.º 14.133/21, o estudo técnico preliminar deverá conter demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Ademais, nos termos do art. 25, § 6º, a economicidade deve orientar os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia.

Ponto pertinente ao princípio da economicidade é o plano de contratações anual. Com previsão no art. 12, VII da Lei n.º 14.133/21, a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo **poderão** elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de **racionalizar as contratações** dos órgãos e das entidades sob sua competência, **garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.**

Pelo dispositivo legal, a elaboração do plano de contratações anual é facultativa.

O plano de contratações anual tem por objetivo projetar todas as licitações e contratações que podem ser realizadas ao longo do ano, dividindo-as por categorias, definir as prioridades e verificar a compatibilidade com a lei orçamentária.

Note que o plano é elaborado por cada ente federativo e não por cada órgão. Todavia, é de se destacar que não há empecilho para que cada órgão faça o seu plano de contratações, respeitando o plano do ente federativo com o qual está subordinado ou vinculado.

Por fim, pelo princípio da eficácia, a licitação deve garantir um resultado satisfatório, de modo a cumprir os objetivos a que se destina.

[108] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito financeiro esquematizado. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.444.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.21. Princípios Correlatos

3.21.1. Princípio do Parcelamento

O princípio do parcelamento está previsto no art. 40, V, 'b', bem como no art. 47, II da Lei n.º 14.133/21. O parcelamento se refere ao objeto a ser licitado e representa a sua divisão no maior número de parcelas que for viável técnica e economicamente, com vistas à ampliação da competitividade (divisão em grupos ou lotes).

Nesse sentido, há a Súmula 247 TCU, que afirma ser obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade.

Por outro lado, o instituto do fracionamento constitui irregularidade e se caracteriza pela divisão de despesa com o objetivo de utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada à totalidade do objeto ou para indevidamente justificar a contratação direta. De acordo com a jurisprudência do STJ [109], o fracionamento configura um dano in re ipsa ao patrimônio público.

Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I. a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II. o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III. o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Por sua vez, o parcelamento **não** será adotado quando:

I. a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II. o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III. o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

O parcelamento também será aplicado nas licitações de serviços em geral. Nesse caso, deverão ser considerados:

I. a responsabilidade técnica;

II. o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;

[109] STJ. AgInt no REsp 1857348 / SP Agravo Interno no Recurso Especial 2020/0007876-1.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

III. o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

3.21.2. Princípio da Padronização

Trata-se de princípio previsto no art. 40, V, 'a', bem como no art. 47, I da Lei n.º 14.133/21. Atreladas às compras e à prestação de serviço em geral, a padronização consiste no ato de padronizar, uniformizar ou estandardizar as especificações estéticas, técnicas e de desempenho de determinado objeto.

Em decorrência da padronização, no caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado.

Nos termos do art. 43, o processo de padronização de compras deverá conter:

I. parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II. despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;

III. síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

De acordo com art. 43, § 1º, será permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.

3.21.3. Princípio da Responsabilidade Fiscal

O princípio da responsabilidade fiscal consiste em princípio consagrado pela Lei Complementar n.º 101/00. De acordo com o art. 1º, § 1º da LC n.º 101/00, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnam riscos e se corrijam desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

Assim, o procedimento licitatório deve ser planejado e transparente, indo ao encontro dos princípios do planejamento e da transparência. Os riscos e desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas devem ser prevenidos e corrigidos.

A Lei n.º 14.133/21, em seu art. 40, V, 'c' estabelece que as compras realizadas pela Administração devem seguir a responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

3.21.4. A Função Regulatória da Licitação

Passado o estudo de todo o arcabouço principiológico das licitações, faz-se importante o estudo da chamada "função regulatória" da licitação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Como se sabe, a licitação é o procedimento tradicional que busca selecionar a proposta mais vantajosa, mantendo a isonomia entre os licitantes. Contudo, isso não impede de utilizar o procedimento licitatório para outros meios lícitos.

Assim, de acordo com Ferraz[110],

> A licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la — a licitação — como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade.

A função regulatória amplia o conceito tradicional de licitação, de modo que se sugere utilizá-la como meio de desenvolvimento social, ambiental e econômico.

Nesse sentido, a Lei n.º 14.133/21 trouxe diversos dispositivos que concretizam a função regulatória da licitação. Pode-se trazer como exemplo o art. 116, que estabelece que o contratado deve cumprir a reserva de cargos para pessoas com deficiência, reabilitados da previdência ou aprendizes.

Outro exemplo é o previsto no art. 25, § 9º, que prevê a possibilidade de o edital exigir que o contratado destine um percentual mínimo da mão de obra para a contratação de mulher vítima de violência doméstica e pessoas oriundas ou egressas do sistema prisional.

4. APLICABILIDADE DA LEI N.° 14.133/21

Nos termos do art. 1º da Lei n.º 14.133/21, estão obrigados a licitar, nos moldes estabelecidos por ela:

A Administração Pública direta;

As autarquias;

As fundações;

Os fundos especiais;

Demais entidades controladas direta e indiretamente pela Administração Pública.

Veja que não estão abrangidas pelas disposições da Lei n.º 14.133/21 as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que serão regidas pela Lei nº 13.303/16.

Todavia, é importante observar que as disposições penais da Lei nº 14.133/21 serão aplicadas às empresas estatais.

Observe que deve haver licitação quando um ente público está no exercício das funções administrativas. Portanto, uma pessoa jurídica de direito privado (EP e SEM), em suas funções administrativas (meio) tem que licitar – artigo 173, § 1º, III da CR/88.

[110] FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 9, n. 37, pp. 133-142, jul./set. 2009.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:

I. condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo presidente da República;

II. condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;

b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;

c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato.;

A documentação encaminhada ao Senado Federal para autorização do empréstimo deverá fazer referência às condições contratuais que incidam na hipótese acima.

Nos termos do art. 2º, aplica-se a Lei n.º 14.133/21 a:

I. alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II. compra, inclusive por encomenda;

III. locação;

IV. concessão e permissão de uso de bens públicos;

V. prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI. obras e serviços de arquitetura e engenharia.

VII. contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Por outro lado, a Lei n.º 14.133/21 não será aplicada:

I. nos contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos; e

II. nas contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

5. OBJETO

O objeto da licitação apresenta duas facetas. Há um objeto imediato e outro mediato. Aquele é "a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração"[111] . Em outras palavras, é a seleção da proposta mais vantajosa. Este, por sua vez, é a obtenção de obra, serviços, compras e alienações. Em outras palavras, o objeto mediato é a própria contratação.

[111] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6. CONTRATAÇÃO DIRETA

De acordo com o art. 37, XXI da CR/88, a regra na Administração Pública é realizar licitação para compras, obras, serviços e alienações que se fizerem necessárias, de modo que a contratação direta ocorra excepcionalmente.

A contratação direta é a possibilidade de a Administração Pública contratar com terceiros sem a realização de licitação, mas com observância a alguns critérios a serem estudados.

Contratação direta é o gênero, do qual são espécies a dispensa e a inexigibilidade.

Antes de adentrar no estudo acerca do tema, atente-se à disposição do art. 23, § 4º da Lei n.º 14.133/21, que estabelece: quando não for possível estimar o valor do objeto, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração.

6.1. Procedimento de Justificação

O art. 72 da Lei n.º 14.133/21 exige que a contratação direta seja precedida por um procedimento que justifique tal medida.

O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I. documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II. estimativa de despesa;

III. parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV. demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V. comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI. razão de escolha do contratado;

VII. justificativa de preço;

VIII. autorização da autoridade competente.

O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Nos termos do art. 73, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.2. Dispensa de Licitação

6.2.1. Conceito

É a contratação direta fundada em disposição legal; isto é, embora seja viável a competição, razões legais ensejam a sua não realização[112].

6.2.2. Espécies

a) Licitação Dispensada

É aquela cuja realização a lei veda – art. 76, II da Lei nº 14.133/21.

b) Licitação Dispensável

É aquela em que a lei faculta a não realização da licitação. Trata-se de competência discricionária (Administração Pública avaliará a oportunidade e conveniência da medida). O art. 75 da Lei n.º 14.133/21 traz um rol taxativo.

Hipóteses da licitação dispensável

I. para contratação que envolva valores inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores[113];

II. para contratação que envolva valores inferiores a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras[114];

Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites acima, deverão ser observados:

I. o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II. o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Essa situação não será aplicada para as contratações de até R$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças[115].

Os valores supramencionados serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

As contratações previstas acima serão preferencialmente precedidas por divulgação em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, de aviso com a especificação do objeto pretendido

[112] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed., rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 530.

[113] Valor atualizado para R$ 108.040,82 (cento e oito mil quarenta reais e oitenta e dois centavos) pelo Decreto nº 10.922/21

[114] Valor atualizado para R$ 54.020,41 (cinquenta e quatro mil vinte reais e quarenta e um centavos) pelo Decreto nº 10.922/21

[115] Valor atualizado para R$ 8.643,27 (oito mil seiscentos e quarenta e três reais e vinte e sete centavos) pelo Decreto nº 10.922/21.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

As contratações previstas nos dois primeiros incisos serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas.

III. para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas (licitação deserta);

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (licitação fracassada);

IV. para contratação que tenha por objeto:

a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;

c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais)[116];

d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;

e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;

[116] Valor atualizado para R$ 324.122,46 (trezentos e vinte e quatro mil cento e vinte dois reais e quarenta e seis centavos) pelo Decreto nº 10.922/21.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;

j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;

m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;

V. para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

VI. para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

VII. nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;

VIII. nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à a situação emergencial.

Obs.: o TCU entende que a emergência não pode ser fabricada. Hoje, aceita-se a contratação, porém sem prejuízo da responsabilização de quem deu causa à “emergência”.

IX. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

Obs.1: não há mais o limite temporal que havia na legislação anterior.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Obs.2: não pode ser aplicado a EP e SEM que explorem atividade econômica. Ilegal a dispensa de licitação com essas entidades.

X. quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XI. para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XII. para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

XIII. para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV. para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV. para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

XVI. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do caput deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

6.2.3. A dispensa no caso de alienações de bens públicos

A alienação de bens públicos está disciplinada no art. 76 da Lei nº 14.133/21, conforme se verá abaixo em seus requisitos.

Requisitos gerais:

A) bem dominical;

B) interesse público devidamente justificado;

C) avaliação prévia.

Requisitos específicos:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Imóveis:

1) autorização legislativa;

Obs.: a alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.

2) licitação na modalidade leilão, dispensada a licitação nas seguintes hipóteses:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas 'f', 'g' e 'h' desse inciso;

Cessadas as razões que justificaram sua doação, serão revertidos ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário.

c) permuta por outros imóveis que atenda aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

d) investidura.;

Entende-se por investidura:

2. A alienação, ao proprietário de imóvel lindeiro, de área remanescente ou resultante de obra pública que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço que não seja inferior ao da avaliação nem superior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços previsto;

3. A alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinado a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº. 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n.º 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

j) legitimação fundiária e a legitimação de posse de que trata a Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017;

ATENÇÃO

Para a venda de bens imóveis, será concedido direito de preferência ao licitante que, submetendo-se a todas as regras do edital, comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação, conforme prevê o art. 77.

B) móveis:

1) licitação na modalidade leilão, dispensada nas seguintes hipóteses:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, observada a legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

6.2.4. Doação com encargos

Nos termos do art. 76, parágrafos 6º e 7º, a doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, dispensada a licitação em caso de interesse público devidamente justificado.

Caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

6.2.5. Título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel

A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a:

I. outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II. pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009.

6.3. Inexigibilidade de Licitação

6.3.1. Conceito

É a contratação direta fundada na inviabilidade de competição. O art. 74 da Lei n.º 14.133/21 estabelece um rol exemplificativo de hipóteses de inexigibilidade de licitação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.3.2. Hipóteses legais (rol exemplificativo)

De acordo com o art. 74, é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

> I. aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
> A Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição, mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.
> II. contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

> III. contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de **natureza predominantemente intelectual** com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
> a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
> b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
> c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
> d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
> e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
> f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
> g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico;
> h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia.

Em conformidade com a Lei n.º 14.133/21, para que haja a inexigibilidade para contratação de serviços técnicos, é preciso demonstrar a natureza predominantemente intelectual do serviço e que será prestado por um profissional de notória especialização. Assim, não há mais o requisito da natureza singular do serviço, ao menos de maneira expressa.

Observe que é pontuado que não há o requisito da singularidade do serviço de maneira expressa. Contudo, o entendimento deste autor é de que se mantém a necessidade de o serviço ser singular, exatamente pelo pressuposto da inexigibilidade. A inexigibilidade de licitação somente ocorrerá quando houver a inviabilidade de competição. Não há razão para afastar o procedimento licitatório, para contratação de profissionais por inexigibilidade, para a prática de serviços ordinários, corriqueiros.

Para que haja a inexigibilidade aqui estudada é necessário haver a demonstração de um conhecimento profissional incomum.

É preciso aguardar o posicionamento do TCU, do STF e do STJ com foco na nova legislação.

Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

É vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

Obs.: O STF[117], para a contratação de serviços de serviços de advocacia por inexigibilidade, estabeleceu os seguintes requisitos:

(a) necessidade de procedimento administrativo formal;

(b) notória especialização do profissional a ser contratado;

(c) natureza singular do serviço;

(d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e

(e) cobrança de preço compatível com o mercado para o serviço.

Ademais, de acordo com o STJ[118], a existência de corpo jurídico, por si só, não inviabiliza a contratação direta.

Como pode ser visto, o STF pontuou, como requisito para a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia, a natureza singular do serviço. Essa exigência ocorre, pelo fato de a decisão do STF ter sido tomada com base na Lei nº 8.666/93.

Com a vigência da nova legislação, o requisito de natureza singular deixou de existir para a contratação dos serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual.

Contudo, não se pode concluir, ao menos em nosso entender, que, com a Lei nº 14.133/21, a contratação de serviços de advocacia por entes públicos poderá ser feita para todo e qualquer serviço.

Ao contrário, a contratação de escritório de advocacia por entes públicos deve continuar como exceção, haja vista a previsão constitucional[119] de órgãos de advocacia pública para a União e para os Estados como serviços essenciais, bem como o reconhecimento de procuradorias municipais também como serviços essenciais à justiça em decisões do STF[120].

Dessa forma, embora a natureza singular do serviço não mais seja requisito para a inexigibilidade, a contratação de serviços advocatícios por entes públicos deve ser excepcional, somente podendo ocorrer quando houver a demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público.

Ainda, acerca dos serviços de advocacia e inexigibilidade de licitação, faz-se necessário estudar a Lei n.º 14.039/20. Por ela, em seu art. 1º, os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

---

[117] Inq 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

[118] STJ. Recurso Especial nº 1.626.693 – SP

[119] Vide artigos 131 e 132 da Constituição da República de 1988.

[120] Nesse sentido, o RE 663.696, rel. min. Luiz Fux, j. 28 -2-2019, P, DJE de 22-8-2019, Tema 510, segundo o qual o STF entendeu que "A expressão 'Procuradores', contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". (grifamos)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

IV. objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

Observação: o credenciamento é hipótese de inexigibilidade de licitação, que não estava prevista no rol exemplificativo do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, mas que era amplamente reconhecida pela doutrina especializada e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

Com o advento da Lei n.º 14.133/21, o credenciamento se tornou uma hipótese expressa de inexigibilidade de licitação. É definido no art. 6º, XLII da lei de licitações "como processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados".

O credenciamento torna inviável a competição entre os credenciados, que não disputam preços, já que, após selecionados, a Administração Pública se compromete a contratar todos os que atendam aos requisitos de pré-qualificação.

Segundo o TCU, para a utilização do credenciamento, devem ser observados requisitos como:

I) contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;

II) garantia de igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

III) demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma.

O Superior Tribunal de Justiça[121], por sua vez, tem entendimento de que o estabelecimento de critérios de classificação para a escolha de licitantes em credenciamento é ilegal.

V) aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Atente-se ao fato de que essa hipótese, no âmbito da Lei n.º 8.666/93 era uma hipótese de dispensa de licitação. Todavia, com o advento da Lei n.º 14.133/21 tornou-se uma hipótese de inexigibilidade de licitação.

Para que haja a inexigibilidade em questão, devem ser observados os seguintes requisitos:

I) avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos;
II) certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
III) justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

7. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

[121] STJ. REsp 1.747.636-PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O processo de licitação está previsto no art. 17 da Lei n.º 14.133/21. De acordo com este dispositivo legal, a licitação seguirá a seguinte sequência:

I. preparatória;

II. de divulgação do edital de licitação;

III. de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV. de julgamento;

V. de habilitação;

VI. recursal;

VII. de homologação.

Assim, é perceptível que a Lei n.º 14.133/21 seguiu a disciplina prevista nas leis mais novas sobre licitações e contratos, como a Lei n.º 13.303/16, prevendo a fase de apresentação de propostas e lances, bem como o julgamento delas antes da fase de habilitação.

Trata-se, assim, de uma novidade, se comparada à Lei nº 8.666/93, na qual a fase da habilitação precedia a fase de julgamento das propostas.

Todavia, há de se destacar que, nos termos do parágrafo 1º do art. 17, que a fase de habilitação poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases de apresentação e julgamento das propostas e lances, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

Outro ponto relevante a ser destacado, nos termos do art. 17, § 2º, é a preferência para realização da licitação na modalidade eletrônica, como regra. Porém, será admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento, conforme dispõe o art. 17, § 5º.

O art. 17, § 4º estabelece que nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

7.1. Fase Preparatória

Conforme dispõe o art. 18 da Lei n.º 14.133/21, a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

> I. a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;
> II. a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;
> III. a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;
> IV. o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;
> V. a elaboração do edital de licitação;
> VI. a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
> VII. o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
> VIII. a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
> IX. a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
> X. a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
> XI. a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação.

Dentre os pontos acima, alguns merecem maiores detalhamentos, conforme subitens abaixo.

7.1.1. Estudo técnico preliminar

O estudo técnico preliminar, nos termos do art. 6º, XX, consiste no documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que c**aracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução** e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Esse estudo deverá, nos termos do art. 18, § 1º, evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

> I. descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
> II. demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
> III. requisitos da contratação;
> IV. estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
> V. levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
> VI. estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
> VII. descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;
> VIII. justificativas para o parcelamento ou não da contratação;
> IX. demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;
> X. providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
> XI. contratações correlatas e/ou interdependentes;
> XII. descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
> XIII. posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Atente-se: conforme dispõe o § 2º do art. 18, os itens I, IV, VI, VIII e XIII acima são de presença obrigatória no estudo. Para os demais, quando não contemplados, será necessário apresentar as devidas justificativas de ausência.

Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a possibilidade de especificação do objeto poderá ser indicada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos, nos termos do art. 18, § 3º.

Por fim, quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa, conforme prevê o art. 44.

7.1.2. Audiência Pública e Consulta Pública

Ambos os institutos são consagração de uma administração consensual, na qual se valoriza a participação dos cidadãos na formação das decisões estatais.

De acordo com o art. 21, a Administração poderá convocar, com **antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis**, audiência pública, **presencial ou a distância**, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar, elementos do edital de licitação e outros, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Assim, percebe-se que não há mais hipótese de obrigatoriedade de realização da audiência pública, como havia no regramento previsto pela Lei n.º 8.666/93. Além disso, a audiência pública poderá ser realizada tanto na modalidade presencial, quanto na modalidade eletrônica.

Por sua vez, o parágrafo único estabelece que a Administração também poderá submeter a licitação a prévia **consulta pública**, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular **sugestões** no prazo fixado.

7.1.3. Matriz de Riscos

A matriz de risco, de acordo com o art. 6º, XXVII, constitui cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

> a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
> b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
> c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com art. 22, o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

A matriz de riscos deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual, nos termos do § 1º, do art. 22.

O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

> **I.** às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;
> **II.** à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;
> **III.** à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

Quando a contratação se referir a **obras e serviços de grande vulto** ou forem adotados os regimes de contratação **integrada e semi-integrada**, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Nas contratações **integradas ou semi-integradas**, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo **contratado** deverão ser alocados **como de sua responsabilidade** na matriz de riscos.

7.1.4. Valor Estimado da Contratação

Nos termos do art. 23 da Lei n.º 14.133/21, o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Conforme disposição do art. 23, § 4º, no processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

> **I.** composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no Banco de Preços em Saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
> **II.** contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
> **III.** utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
> **IV.** pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada a justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
> **V.** pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ademais, nos termos do § 2º do art. 23, no processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

(a) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

(b) utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

(c) contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

(d) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Nota-se também que, de acordo com o art. 23, §3º, nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

Perceba-se ainda que, nos termos do art. 23, § 4º, nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos da mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Por fim, de acordo com o art. 23, § 5º, no processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos mesmos moldes para a contratação de obras e serviços de engenharia, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custos, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

No caso supracitado, será exigido, ainda, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento dos licitantes ou contratados no orçamento que compuser suas respectivas propostas, conforme previsto no art. 23, §p6º.

7.1.5. Vedação à aquisição de artigos de luxo

De acordo com o art. 20 da Lei n.º 14.133/21, os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de **qualidade comum**, não superior à mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, **vedada a aquisição de artigos de luxo**.

Por sua vez, § 1º do art. 20, estabelece que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo, de modo que, a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação da Lei, as novas compras de bens

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, daquele regulamento, conforme dispõe o § 2º.

A correta interpretação do art. 20, estabelecer a qualidade comum dos bens, vedando a aquisição de artigos de luxo, é a vedação à aquisição de produtos supérfluos e desnecessários.

A Lei n.º 14.133/21 não quer e não pode vedar a aquisição de bens e serviços de boa qualidade, com desempenho e performance de excelência. Como dito anteriormente, a vedação legal é sobre produtos desnecessários, desproporcionais e supérfluos.

7.2. Publicação do Edital

7.2.1. Comentários Preliminares

Antes de se adentrar efetivamente na publicação do edital, é preciso estabelecer algumas premissas a serem observadas pelo ato convocatório.

Nos termos do art. 25, o edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

Atente-se que, nos termos do art. 25, § 1º, sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

Ademais, afirma o § 2º do referido artigo que, desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

Conforme prevê o § 3º, todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, **sem necessidade de registro ou de identificação para acesso**.

Por sua vez, o § 4º afirma que nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

O ato convocatório ainda poderá prever a responsabilidade do contratado pela obtenção do licenciamento ambiental e realização da desapropriação autorizada pelo poder público, de modo que os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos da Lei n.º 14.133/21 terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

O edital poderá exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I. mulheres vítimas de violência doméstica;

II. oriundos ou egressos do sistema prisional.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7.2.2. Elaboração do Parecer Jurídico

De acordo com o art. 53, ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I. apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II. redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

No projeto de lei, ainda em fase anterior à sanção presidencial, havia a previsão de que o parecer jurídico que desaprovasse a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderia ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passaria a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.

Assim, o projeto de lei encerrava uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do parecer jurídico de análise do edital. A divergência está relacionada ao fato de o parecer jurídico ser obrigatório ou vinculante.

O parecer obrigatório é aquele em que a requisição do parecer é obrigatória pelo administrador público, mas não o vincula na tomada de decisão. Por outro lado, o parecer vinculante é aquele em que a requisição é obrigatória, bem como a conclusão do parecer deve ser seguida pelo gestor, de modo que o parecer deixar de ser uma peça meramente opinativa.

Contudo, a previsão do projeto de lei foi vetada pela Presidência da República. Dessa forma, permanece a referida divergência.

O STF, por meio do MS 24.631/DF, fixou entendimento (ainda sobre a Lei n.º 8.666/93) de que o parecer teria natureza vinculante, conforme se depreende do voto do Ministro Relator:

> Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos.

O STF realizou distinção da natureza do parecer para estabelecer a responsabilização do parecerista.

O entendimento exarado pelo STF é criticado por parte da doutrina administrativa, segundo a qual o parecer teria natureza obrigatória e a responsabilização do parecerista deveria ser analisada caso a caso.

Nesse sentido, segundo o professor Marçal Justen Filho, o parecer jurídico é de natureza obrigatória. Ademais, o professor Marçal faz uma crítica à decisão do STF:

> O STF realizou distinção quanto à eficácia do parecer para determinar a extensão da responsabilidade do emitente de parecer. Reputou-se que a eficácia vinculante do parecer relativamente à decisão a ser adotada pela autoridade administrativa impõe ao emitente do parecer uma responsabilidade diferenciada e mais intensa. Com maior respeito ao STF, reputa-se que a distinção é improcedente. A natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Continua o professor Marçal e afirma que:

> A responsabilidade do emitente do parecer – tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório – depende do conteúdo e das circunstâncias.

Importante a previsão do art. 53, § 5º, segundo o qual é dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar:

> I. o baixo valor;
> II. a baixa complexidade da contratação;
> III. a entrega imediata do bem ou;
> IV. a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Por fim, encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas.

Ademais, é facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

7.3. Apresentação de Propostas e Lances

7.3.1. Prazos mínimos para apresentação

De acordo com o art. 55 da Lei n.º 14.133/21, os prazos mínimos – todos em dias úteis – para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são:

> I. para aquisição de bens:
> a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;
> b) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; maior retorno econômico.
> II. no caso de serviços e obras:
> a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;
> b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;
> c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;
> d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses abaixo:
> d.1) no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia, quando adotados os critérios de julgamento melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; maior retorno econômico.
> d.2) no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia, melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; maior retorno econômico.
> III. 15 (quinze) dias úteis para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance.
> IV. 35 (trinta e cinco) dias úteis para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, **exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.**

Os prazos acima poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

7.3.2. Modo de disputa

De acordo com o art. 56, o modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

> I. aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;
> II. fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

Ao pontuar os modos de disputa, o artigo 55 estabelece três modos de disputa, quais sejam, o aberto, o fechado e o misto. Conclui-se, assim, em razão das expressões “isolada” e “conjuntamente”. Dessa forma, será possível a combinação entre os modos de disputa.

A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

7.3.3. Lances

Primeiro ponto a ser enfrentado acerca dos lances são os chamados lances intermediários. Os lances intermediários são lances oferecidos pelos licitantes, que serão melhores que os seus últimos lances, mas não chega a ser melhor que o lance geral.

Trata-se de mecanismo para subir a posição da empresa na classificação das propostas, mesmo que não seja a primeira colocada. Também constitui instrumento que tenta evitar fraudes e combinações nas licitações que se valem de lances.

Imagine uma licitação pelo modo de disputa aberto, no qual os lances se sucedem, a título de exemplo, em ordem decrescente de valor; caso um licitante oferte lance muito abaixo dos demais, tal fato poderá implicar a impossibilidade de que estes continuem a ofertar os lances, encerrando-se o certame.

Nessa hipótese, caso o primeiro colocado não atenda aos requisitos do edital, por qualquer que seja o motivo, haverá a sua exclusão do certamente, convocando-se o segundo colocado. Tal procedimento previsto na legislação pode levar a situações em que haja licitantes que se aproveitem maliciosamente disso, conforme exemplo a seguir:

Imagine-se que o primeiro colocado oferte valor muito abaixo do mercado, de maneira intencional, levando à desistência dos demais licitantes de apresentarem propostas melhores. Imagine-se, ainda, que o segundo colocado estivesse em conluio com o primeiro, de modo que aquele tenha apresentado uma proposta de valor mais alto.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Para impedir a fraude acima explicada, surgem os lances intermediários. Assim, as licitantes que não puderem ofertar lances melhores que o primeiro colocado têm a oportunidade de melhorar seus próprios lances.

Dessa forma, o art. 56, § 3º, considera como intermediários os lances:

> I. iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;
> II. iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

Atente-se ainda para o fato de que o art. 57 prevê que o edital de licitação poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.

7.3.4. Garantia de Proposta

Ponto relevante é a disciplina prevista no art. 58 da Lei n.º 14.133/21, que estabelece a possibilidade de haver a garantia de proposta.

De acordo com o dispositivo legal, poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, de modo que será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.

O fato de haver a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação implicará execução do valor integral da garantia de proposta.

A garantia de proposta poderá ser prestada nas seguintes modalidades:

> **I.** caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública,
> **II.** seguro-garantia;
> **III.** fiança bancária.

7.4. Julgamento de Propostas e Lances

7.4.1. Comentários iniciais

Findada a fase de apresentação das propostas e dos lances, ocorrerá a fase de julgamento.

De acordo com o art. 59, serão desclassificadas as propostas que:

> I. contiverem vícios insanáveis;
> II. não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
> III. apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
> IV. não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração;
> V. apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

insanáveis.

A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada. Assim, o que permite a legislação é que apenas a proposta mais bem classificada seja verificada a sua conformidade.

A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada.

No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Ademais, também nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida **garantia adicional do licitante vencedor** cuja proposta for **inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração**, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis pela Lei.

7.4.2. Critérios de desempate

De acordo com o art. 60, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

> I. disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
> II. avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações;
> III. desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;
> IV. desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Ademais, o § 1º estabelece que em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

> I. empresas estabelecidas no território do órgão ou entidade da Administração Pública estadual licitante ou no Estado em que se localiza o órgão ou entidade da Administração Pública municipal licitante;
> II. empresas brasileiras;
> III. empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
> IV. empresas que comprovem a prática de mitigação[122], nos termos da Lei n.º 12.187, de 29

[122] De acordo com o art. 2º, VII, considera-se mitigação as mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de dezembro de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima

7.4.3. Da negociação de condições mais vantajosas

De acordo com o art. 61, definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado, de modo que a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, em determinado momento, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

7.5. Habilitação

7.5.1. Comentários Iniciais

A habilitação, de acordo com o art. 62, é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

I. jurídica;
II. técnica;
III. fiscal, social e trabalhista;
IV. econômico-financeira.

O caput do art. 62 estabelece que apenas documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante em executar o objeto licitado. Assim, a disposição legal está em consonância com o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU). De acordo com o TCU, em sua Súmula 272, no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

De acordo com o art. 65, as condições de habilitação serão definidas no edital, de modo que poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I. **poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação**, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;
II. será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

Assim, apenas o licitante vencedor será habilitado. Excepcionalmente, quando houver a inversão de fases – habilitação anteceder à apresentação e julgamento das propostas – haverá a habilitação de todos os licitantes.

III. serão exigidos os documentos relativos à **regularidade fiscal**, em qualquer caso, **somente em momento posterior ao julgamento das propostas**, e apenas do licitante mais bem classificado;
IV. será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de **desclassificação**, declaração de que suas **propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas** assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

Quando a **avaliação prévia do local** de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de **inabilitação**, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia, de modo que a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

Destaque-se o fato de a visita técnica não ser obrigatória, de modo que o edital sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

Nos termos do art. 64, após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

> I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
> II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

Na análise dos documentos da habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Por fim, percebe-se que as empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

7.5.2. Habilitação Jurídica

De acordo com o art. 66, a habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limitasse à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

7.5.3. Habilitação Técnica

O art. 67 da Lei n.º 14.133/21 consagra a possibilidade de comprovação da habilitação técnica por meio de uma qualificação técnico-profissional, bem como por uma qualificação técnico-operacional. Em síntese, aquela qualificação refere-se ao fato de a empresa ter profissionais qualificados para exercer o objeto da licitação. Por sua vez, esta qualificação consiste no fato de a própria empresa ter a expertise na condução do objeto licitatório.

A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

I. apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;
II. certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios;

Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências acima, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

III. indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
IV. prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;
V. registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

VI. declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação, de modo que será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, **que não poderá ser superior 3 (três) anos**. Trata-se de disposição que encontra amparo na jurisprudência do STJ. De acordo com o STJ, não fere a igualdade entre os licitantes, tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inciso II da Lei n.º 8.666/93[123].

Embora o posicionamento do STJ tenha ocorrido no âmbito do regramento anterior, ele permanece válido e hígido no regramento estabelecido pela Lei n.º 14.133/21.

[123] RMS 39.883/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Os profissionais indicados pelo licitante deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

Importante: o edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

> **I.** caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

Não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções: 1) impedimento de licitar e contratar e 2) declaração de inidoneidade para licitar e contratar, em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

> **II.** caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Na hipótese acima, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

7.5.4. Habilitação Fiscal, Social e Trabalhista

De acordo com o art. 68, as habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

> **I.** a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
> **II.** a inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
> **III.** a regularidade perante a Fazenda federal, a estadual e a municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Por sua vez, no que tange à regularidade fiscal, a Súmula 283 TCU afirma que, para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **IV.** a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
> **V.** a regularidade perante a Justiça do Trabalho;
> **VI.** o cumprimento do trabalho do menor, isto é, o disposto no art. 7º, XXXIII, que estabelece a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.;

Os documentos acima poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

7.5.5. Habilitação econômico-financeira

Nos termos do art. 69, a habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

> **I.** balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

Esses documentos limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

> **II.** certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Empresa em recuperação judicial pode participar de licitação, desde que demonstre viabilidade econômica e financeira, de acordo com o STJ[124].

A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

Atente-se que é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

[124] AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7.5.6. Comentários Finais

De acordo com o art. 70, a documentação referente à habilitação poderá ser:

> **I.** apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração;
> **II.** substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência à Lei n.º 14.133/21.
> **III.** dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral, isto é, compras no valor até R$ 12.5000,00, e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais)[125].

Por fim, as empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

7.6. Adjudicação e Homologação

De acordo com o art. 71, encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

> **I.** determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;
> **II.** revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;
> **III.** proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;
> **IV.** adjudicar o objeto e homologar a licitação.

7.6.1. Do desfazimento da licitação – anulação e revogação

De acordo com o art. 71, III, a anulação da licitação ocorrerá de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável.

Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Por sua vez, a revogação, prevista no art. 71, II, ocorrerá por razões de conveniência e oportunidade, por razões decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado.

Por fim, nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados. interessados.

Note que a Lei n.º 14.133/21 ainda estabeleceu situações que ensejarão a nulidade do contrato, conforme será estudado no tópico 14, do capítulo 2 – Contratos Administrativos.

8. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIOS

[125] Valor atualizado para R$ 324.122,46 (trezentos e vinte e quatro mil cento e vinte dois reais e quarenta e seis centavos) pelo Decreto nº 10.922/21.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nos termos do art. 15, salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

> I. comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
> II. indicação de empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;
> III. admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;
> IV. impedimento, na mesma licitação, de participação de empresa consorciada, isoladamente ou por meio de mais de um consórcio;
> V. responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Obs.:

> **Enunciado 36, da I Jornada do CJF**: "A responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelos atos praticados na licitação e na execução do contrato, de que trata o inciso V do artigo 33 da Lei n.º 8.666/1993, refere-se à responsabilidade civil, não se estendendo às penalidades administrativas".

Embora o Enunciado acima tenha sido elaborado tendo como referência a Lei n.º 8.666/93, continua sendo aplicado, haja vista a identidade das redações entre os dispositivos legais.

Diante da previsão do caput do art. 15, é possível concluir que a regra é a permissão da participação de empresas em consórcio, sendo a exceção a vedação, devendo ser devidamente justificada essa exclusão.

O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação, de modo que esse acréscimo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas.

O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio.

Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo ao número de empresas consorciadas.

A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

9. PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS

De acordo com o art. 16, os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

> **I.** a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei n.º 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar n.º 130, de 17 de abril de 2009;
> **II.** a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

repartição de receitas e despesas entre os cooperados;
III. qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;
IV. o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei n.º 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

10. IMPUGNAÇÕES, PEDIDOS DE RECONSIDERAÇÃO E DOS RECURSOS

Nos termos do art. 164, qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame, de modo que a resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

Segundo esse mesmo artigo, caberá recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

1) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

2) julgamento das propostas;

3) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

4) anulação ou revogação da licitação;

5) extinção do contrato, quando determinado por ato unilateral e escrito da Administração.

O primeiro ponto a ser chamado atenção, no que tange aos recursos, é que os recursos e o pedido de reconsideração terão efeito **suspensivo** até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.

O recurso será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, **se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis**, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de **10 (dez) dias úteis**, contado do recebimento dos autos.

O acolhimento de recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento, de modo que será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso, isto é, o prazo de 3 dias úteis, e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição de recurso.

ATENÇÃO

No que tange ao recurso do ato da aplicação das sanções de advertência, de multa e de impedimento de licitar e contratar caberá recurso no prazo de **15 (quinze) dias úteis**, contado da data de intimação, de modo que será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, **se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis**, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no **prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis**, contado do recebimento dos autos.

No que tange à penalidade de declaração de inidoneidade, caberá apenas pedido de reconsideração, que deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, e decidido no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do seu recebimento.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Importante ainda é o estudo dos recursos contra os atos de julgamento das propostas, bem como de habilitação ou inabilitação de licitante. Acerca desses recursos, deverão ser observadas as seguintes disposições:

I. a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo de 3 dias úteis para apresentação das razões recursais será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção de inversão de fases, da ata de julgamento;

II. a apreciação dar-se-á em fase única.

Assim, especificamente nas hipóteses de julgamento das propostas e da habilitação/inabilitação dos licitantes, a apreciação do recurso ocorrerá em uma fase única. Diferentemente, nas demais hipóteses, a apreciação ocorrerá sobre cada ato.

Por fim, faz-se importante o posicionamento do STJ sobre recurso julgado por autoridade incompetente. Segundo a Corte, caso um recurso seja julgado por autoridade incompetente, mas posteriormente haja a homologação do certame pela autoridade superior, não há que se falar em irregularidade. Como é sabido, em caso de vício de competência cabe convalidação, desde que não se trate de competência exclusiva.

11. MODALIDADES

A Lei n.º 14.133/21, em seu art. 28, prevê 5 (cinco) modalidades de licitação:

I. pregão;

II. concorrência;

III. concurso;

IV. leilão;

V. diálogo competitivo.

Com o advento da Lei n.º 14.133/21, a escolha por uma modalidade de licitação ocorrerá pela natureza do objeto a ser licitado. Nesse sentido, o valor estimado de uma licitação deixa de ser critério para definir qual a modalidade a ser adotada.

Atente-se que a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares.

Ademais, é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação entre as existentes.

11.1. Pregão

De acordo com o art. 6º, XLI, o pregão consiste na modalidade de **licitação obrigatória** para aquisição de **bens e serviços comuns**, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Ademais, de acordo com o art. 29, será adotado o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Conforme será visto ao longo desse item, o pregão também poderá ser utilizado para a aquisição de serviços comuns de engenharia.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ressalta-se que o pregão deve ser obrigatoriamente a modalidade utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns.

De acordo com Rafael Oliveira[126], a expressão "bem e serviço comum" exige três características:

1) disponibilidade no mercado (fácil constatação do objeto no mercado);

2) padronização (trata-se de predeterminar o objeto com clareza e objetividade);

3) casuísmo moderado (deve-se analisar a qualidade do objeto no caso concreto e não em termos gerais).

Observe que não há proibição de utilizar o pregão para a aquisição de bens complexos, como helicópteros, haja vista que esse bem é comum, com características padronizadas e há disponibilidade no mercado.

Nesse sentido, o Enunciado 26 do CJF estabelece que a Lei n.º 10.520/2002 define o bem ou serviço comum baseada em critérios eminentemente mercadológicos, de modo que a complexidade técnica ou a natureza intelectual do bem ou serviço não impede a aplicação do pregão se o mercado possui definições usualmente praticadas em relação ao objeto da licitação.

A Lei nº 14.133/21 pacificou a discussão acerca do cabimento do pregão para serviços de engenharia. O entendimento que prevalecia na doutrina, incorporado pela nova legislação, é de que o pregão pode ser utilizado para a contratação de serviços de engenharia, desde que possam ser qualificados como comuns. Inclusive, esse é o entendimento também do Tribunal de Contas da União, consolidado na súmula 257: "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002" (súmula válida, ainda que editada com base na legislação anterior).

Nesse sentido, está o art. 29, parágrafo único, que afirma que o pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, **exceto os serviços comuns de engenharia**.

De acordo com o art. 6º, XXI, 'a', são considerados serviços comuns de engenharia todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, **objetivamente padronizáveis**, em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens.

Atente-se também que, de acordo com o TCU, o desenvolvimento e a manutenção de softwares enquadram-se na categoria de objetos comuns prevista na Lei n.º 10.520/2002 sempre que possam ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado, devendo, nessa situação, ser licitados mediante pregão[127].

Embora o entendimento do TCU tenha sido tomado com base na legislação anterior, o entendimento prevalece hígido em face da nova legislação.

[126] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2017. P.442.

[127] TCU. Acórdão 1667/2017-Plenário. 02/08/2017.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por outro lado, não é possível utilizar o pregão para realização de obras. Assim também é o entendimento do TCU que firmou o seguinte enunciado: "É irregular o uso da modalidade pregão para licitação de obra, sendo permitido nas contratações de serviços comuns de engenharia"[128] .

Por fim, o pregão também será cabível para a formação do Sistema de Registro de Preços, nos termos do art. 6º, XLV.

11.2. Concorrência

De acordo com o art. 6º, XXXVIII, a concorrência consiste na modalidade de licitação para contratação de:

1) bens e serviços especiais;
2) de obras; e
3) de serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:
a) menor preço;
b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
c) técnica e preço;
d) maior retorno econômico;
e) maior desconto.;

Assim, é possível concluir que para a licitação de serviços comuns de engenharia, a Administração poderá adotar tanto a modalidade pregão, quanto a modalidade concorrência, de modo que será adotado o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Também é possível concluir que não poderá ser usado o tipo maior lance na concorrência, haja vista ser próprio para a modalidade leilão. A concorrência também será cabível para a formação do Sistema de Registro de Preços, nos termos do art. 6º, XLV.

11.3. Concurso

De acordo com o art. 6º, XXXIX, o concurso consiste na modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor.

Conforme dispõe o art. 30, o concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:

I. a qualificação exigida dos participantes;

II. as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III. as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

[128] TCU. Acórdão 980/2018-Plenário.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

11.4. Leilão

De acordo com o art. 6º, XL, o leilão consiste na modalidade de licitação para alienação de:

1) bens imóveis;

2) bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos.

Embora o conceito legal acima tenha trazido o leilão como modalidade adequada para alienação de bens móveis inservíveis, é possível afirmar que todos os bens móveis da Administração devem ser alienados por leilão, **independentemente do valor**. Essa afirmação se depreende da disposição do art. 76, II da Lei n.º 14.133/21.

O critério de julgamento a ser adotado no leilão será o maior lance. Assim, o objeto será adjudicado a quem oferecer o maior lance para a aquisição dos bens pontuados acima.

O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais, de modo que, se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I. a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II. o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III. a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV. o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V. a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

O leilão não exigirá registro cadastral prévio, **não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances**, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.

11.5. Diálogo Competitivo

De acordo com o art. 6º, XLII, o diálogo competitivo consiste na modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, **com o intuito de desenvolver uma ou mais**

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos.

Trata-se, portanto, de uma modalidade de licitação nova, criada pela nova legislação.

De acordo com o conceito trazido pela legislação, o diálogo competitivo será cabível quando o objeto a ser licitado consistir em uma necessidade para a Administração Pública, porém ela não sabe como proceder para obter a solução que visa ao atendimento das suas necessidades.

O diálogo competitivo foi originalmente previsto no artigo 29 da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

Nos termos do art. 32 da Lei n.º 14.133/21, o diálogo competitivo ficará restrito a contratações em que a Administração:

> I. vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
> a) inovação tecnológica ou técnica;
> b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
> c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.;
> II. verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
> a) a solução técnica mais adequada;
> b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
> c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.;
>
> Nessa modalidade, serão observadas as seguintes disposições:
> I. a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;
> II. os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;
> III. será vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possam implicar vantagem para algum licitante;
> IV. a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;
> V. a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;;

Nesse sentido, faz-se importante o Enunciado 29, do CJF, segundo o qual a Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para a obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar em eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência.

> VI. as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;
> VII. o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;
> VIII. a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;
> IX. a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;
> X. a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;
> XI. o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.;

O diálogo competitivo será conduzido por uma comissão de contratação e não apenas por um agente de contratação. Trata-se, assim, de uma exceção à regra de condução da licitação. Conforme dispõe o art. 8º, a licitação será conduzida por agente de contratação, como regra. Todavia, no âmbito do diálogo competitivo, em razão de sua especificidade, a licitação será conduzida por uma comissão.

Ademais, atente-se que os profissionais contratados para o assessoramento técnico da comissão assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Diante das disposições acima, pode-se perceber que a modalidade em questão será dividida em duas etapas: 1) os diálogos com os licitantes; e 2) a competição entre os licitantes.

ATENÇÃO
O diálogo competitivo poderá ser modalidade de licitação a ser usada para contratação das Concessionárias de serviço público, conforme dispõe o artigo 2º, II e III da Lei n.º 8.987/95 e o art. 10 da Lei nº 11.079/04.

12. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

A Lei n.º 14.133/21 prevê, em seu art. 33, os seguintes critérios de julgamento:

> I. menor preço;
> II. maior desconto;
> III. melhor técnica ou conteúdo artístico;
> IV. técnica e preço;
> V. maior lance, no caso de leilão;
> VI. maior retorno econômico.

Em cada tópico abaixo será estudado cada um desses critérios.

12.1. Menor Preço

O menor preço consiste no critério de julgamento em que a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço, bem como cumprir aos requisitos previstos no edital.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Em outras palavras, nos termos do art. 34 da Lei n.º 14.133/21, o menor preço considerará o menor dispêndio[129] para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

Portanto, não basta que a proposta apresente o menor preço, pois é princípio norteador da licitação o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, de modo que a Administração irá desclassificar a proposta inexequível, conforme dispõe o art. 59, III.

O menor preço será um dos critérios de julgamento a ser adotado no pregão, na concorrência, na formação do sistema de registro de preço, bem como na criação do catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras.

Ademais, a opção pelo menor preço veda a utilização isolada do modo de disputa fechado, como dispõe o art. 56, § 1º.

12.2. Maior Desconto

O maior desconto consiste em um critério de julgamento que decorre do menor preço. Por ele, a proposta vencedora será aquela que ofereça o maior desconto percentual, tendo como base o valor estabelecido como parâmetro pela Administração no edital da licitação. Perceba-se, dessa forma, que adotado o maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação, conforme dispõe o art. 24, parágrafo único.

O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos.

Assim como o menor preço, nos termos do art. 34 da Lei n.º 14.133/21, o maior desconto considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

Portanto, não basta que a proposta apresente o maior desconto, pois é princípio norteador da licitação o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, de modo que a Administração irá desclassificar a proposta inexequível, conforme dispõe o art. 59, III.

O menor preço será um dos critérios de julgamento a ser adotado no pregão, na concorrência, na formação do sistema de registro de preço, bem como na criação do catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras.

Também será adotado o maior desconto para as comissões a serem cobradas, caso a Administração opte por se valer de um leiloeiro oficial para conduzir o leilão.

Ademais, Aa opção pelo maior desconto veda a utilização isolada do modo de disputa fechado, como dispõe o art. 56, § 1º.

[129] De acordo com o art. 34, §1º, poderão ser considerados como menor dispêndio, os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, sempre que objetivamente mensuráveis.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.3. Melhor Técnica ou Conteúdo Artístico

Nos termos do art. 35 da Lei n.º 14.133/21, o julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores. Ademais, esse critério poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Portanto, diante do disposto na legislação, por esse critério, a Administração irá analisar tão somente a parte técnica ou artística da proposta, pois o prêmio ou remuneração atribuída ao vencedor já estará definida no edital. Esse é exatamente o ponto que irá diferenciar a melhor técnica da técnica e preço, no qual a Administração precisará analisar tanto aspectos técnicos ou artísticos, quanto de valor.

O critério poderá ser utilizado na concorrência e no concurso.

12.4. Técnica e Preço

A técnica e preço consiste no critério de julgamento pelo qual a Administração precisará analisar tanto aspectos técnicos ou artísticos, quanto de valor das propostas apresentadas.

Assim, nos termos do art. 34 da Lei n.º 14.133/21, a técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. Assim, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.

Em outras palavras, a proposta técnica poderá representar até 70% (setenta por cento) da pontuação da proposta.

Será adotada a técnica e preço quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

> I. serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;
> II. serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
> III. bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;
> IV. obras e serviços especiais de engenharia;
> V. objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica.

Por fim, nos termos do art. 56, § 2º, a utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.5. Disposições Comuns aos Critérios Melhor Técnica e Técnica e Preço

De acordo com o art. 37, o julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

> **I.** verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;
> **II.** atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

A banca tratada acima terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:

1) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;

2) profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados.

> **III.** atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 da Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais)[130], o julgamento será por:

> I - melhor técnica; ou
> II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

Além disso, nos termos do art. 38, no julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.

12.6. Maior Retorno Econômico

Nos termos do art. 39, o julgamento por maior retorno econômico, utilizado **exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência**, considerará a **maior economia para a Administração**, e a **remuneração** deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma **proporcional à economia** efetivamente obtida na execução do contrato.

[130] Valor atualizado para R$ 324.122,46 (trezentos e vinte e quatro mil cento e vinte dois reais e quarenta e seis centavos) pelo Decreto nº 10.922/21

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O contrato de eficiência, nos termos do art. 6º, LIII da Lei n.º 14.133/21, consiste no contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.

Adotado o maior retorno econômico, os licitantes apresentarão:

> I. proposta de trabalho, que deverá contemplar:
> a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;
> b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;
> II. proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

Atente-se que nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

> I. a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;
> II. se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

12.7. Maior Lance

O maior lance consiste no critério de julgamento a ser adotado na modalidade Leilão, apenas. Com o advento da Lei n.º 14.133/21, não será possível adotar o critério maior lance para a modalidade Concorrência, conforme dispõe o art. 6º, XXXVIII.

Trata-se de critério a ser utilizado nas situações em que a Administração deseja alienar algum bem ou produto.

13. DOS AGENTES PÚBLICOS RESPONSÁVEIS PELA LICITAÇÃO

13.1. Dos Requisitos para Desempenhar as Funções Essenciais na Licitação

De acordo com o art. 7º da Lei n.º 14.133/21, caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da licitação, que preencham aos seguintes requisitos:

> **I.** sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
> **II.** tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
> **III.** não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

A autoridade máxima deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

13.2. Do Agente de Contratação e da Comissão de Contratação

De acordo com o art. 8º, a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada de, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

Assim, diferentemente do que previa a legislação anterior, a condução da licitação será conduzida, como regra, por um agente público, que será denominado de agente de contratação. Assim, a comissão de licitação, agora chamada de comissão de contratação, será exceção em uma licitação.

Os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação poderão contar com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei n.º 14.133/21.

Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

Especialmente, o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

13.3. Vedações

O agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego.

Essa vedação será estendida a terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nesse sentido, de acordo com o STJ, o fato de o servidor estar licenciado não afasta o entendimento segundo o qual não pode participar de procedimento licitatório a empresa que possuir em seu quadro de pessoal servidor ou dirigente do órgão contratante ou responsável pela licitação. Isso porque o não deixa de ser servidor, o sujeito em gozo de licença[131].

Para o STJ, essa proibição tem o objetivo de impedir que o sujeito que se beneficie da posição que ocupa na Administração para obter informações privilegiadas em detrimento dos demais interessados no certame.

Por interpretação analógica do art. 9º, III da Lei n.º 8.666/93, o TCU entende que a empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante não pode participar da licitação[132].

Embora, tanto o entendimento do STJ, quanto do TCU terem sido firmados no âmbito da Lei n.º 8.666/93, permanecem hígidos diante da nova legislação.

13.4. Defesa dos Agentes Públicos que Tiverem Participado da Licitação

Se as autoridades competentes e os servidores e empregados públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Não haverá a defesa por parte da advocacia pública quando provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

Atente-se que haverá a defesa por parte da advocacia pública mesmo se o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

14. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO

De acordo com o art. 14, não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

> I. autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;
> II. empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem as duas hipóteses acima poderão participar no apoio das atividades de planejamento da

[131] REsp 1.607.715-AL, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 7/3/2017, DJe 20/4/2017.

[132] TCU. Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

> III. pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

Obs.: esse impedimento também será aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

> IV. aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;
> V. empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
> VI. pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

As vedações estabelecidas não impedem a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos da Lei.

15. DAS DISPOSIÇÕES SETORIAIS

15.1. Das Compras

Nos termos do art. 40, o planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar ao seguinte:

> I. condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;
> II. processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;
> III. determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;
> IV. condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;
> V. atendimento aos princípios:
> a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
> b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
> c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.
> O termo de referência deverá conter os elementos próprios de um termo de referência,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> conforme dispõe o art. 6º, XXIII, além das seguintes informações:
> a) especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
> b) indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;
> c) especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Nos termos do art. 41, no caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

> I. indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
> a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
> b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
> c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
> d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;
> II. exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;

Essa exigência (inciso II acima) ficará restrita ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.

> III. vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;

solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor

Nos termos do art. 42, a prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

> I. Comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;
> II. Declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;
> III. Certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada;
> IV. Carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 41, IV)

O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.

No interesse da Administração, as amostras poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

15.2. Das Obras e Serviços de Engenharia

Nos termos do art. 45, as licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

> I. disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
> II. mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
> III. utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;
> IV. avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
> V. proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
> VI. acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

As obras e serviços de engenharia podem ser executadas de forma direta ou indireta. A execução direta é aquela em que os próprios órgãos ou entidades da Administração executam a obra ou o serviço.

Por sua vez, o art. 46 trata da execução indireta – aquela em que um terceiro é contratado – de obras e serviços de engenharia, de modo que são admitidos os seguintes regimes:

1) empreitada por preço unitário;

2) empreitada por preço global;

3) empreitada integral;

4) contratação por tarefa;

5) contratação integrada;

6) contratação semi-integrada;

7) fornecimento e prestação de serviço associado.

É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvado o caso de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, caso demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a possibilidade de especificação do objeto poderá ser indicada apenas em termo de referência, dispensada a elaboração de projetos.

Os regimes de empreitada por preço global, de empreitada integral, de contratação por tarefa, de contratação integrada e de contratação semi-integrada serão licitados por preço global e adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Atente-se que a execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e da aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores.

15.2.1. Contratação Integrada

Nos termos do art. 6º, XXXII, a contratação integrada consiste no regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

A contratação integrada pode ser chamada de turn key, isto é, a virada da chave ou chave na mão. Em outras palavras, na contratação integrada, o contratado fica obrigado a entregar a obra ou o serviço em condições de uso imediato. Assim, basta a Administração virar a chave e começar o uso.

Atente-se que, nos termos do art. 22, § 3º, quando a contratação adotar os regimes de contratação integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. Ademais, nos termos do art. 22, § 4º, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Por razões óbvias, em razão da própria essência da contratação integrada, a Administração é dispensada da elaboração de projeto básico, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos necessários.

Após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

No regime de contratação integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

> I. o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;
> II. a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;
> III. a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;
> IV. a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;
> V. em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.

Na contratação integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

> I. para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
> II. por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites legais;
> III. por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

15.2.2. Contratação Semi-integrada

Nos termos do art. 6º, XXXIII, a contratação semi-integrada consiste no regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Assim, a diferença entre a contratação integrada e a contratação semi-integrada refere-se ao projeto básico, que é elaborado pelo contrato na primeira, mas não na segunda.

Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

Salienta-se que, nos termos do art. 22, § 3º, quando a contratação adotar o regime de contratação semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. Além disso, nos termos do art. 22, § 4º, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

No regime de contratação semi-integrada, o edital e o contrato, sempre que for o caso, deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

> I. o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;
> II. a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;
> III. a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;
> IV. a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela diferença entre o custo da desapropriação e a estimativa de valor e pelos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;
> V. em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.

Na contratação semi-integrada é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

> I. para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
> II. por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites legais;
> III. por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas
> IV. por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

15.2.3. Fornecimento e Prestação de Serviço Associado

Nos termos do art. 6º, XXXIV, o fornecimento e prestação de serviço associado consiste no regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado.

Por sua vez, nos termos do art. 113, o contrato firmado sob esse regime terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação, respeitado o limite máximo de 10 anos, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

15.2.4. Empreitada por Preço Unitário

Nos termos do art. 6º, XXVIII, a empreitada por preço unitário consiste na contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas.

A empreitada por preço unitário ocorrerá nas situações em a Administração Pública não sabe precisar os elementos suficientes para determinar os quantitativos do objeto a ser licitado.

15.2.5. Empreitada por Preço Global

Nos termos do art. 6º, XXIX, a empreitada por preço global consiste na contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total.

A empreitada por preço global, diferente da empreitada por preço unitário, caberá nas situações em que a Administração sabe precisar os elementos suficientes para determinar os quantitativos do objeto a ser licitado.

15.2.6. Empreitada Integral

Nos termos do art. 6º, XXX, a empreitada integral consiste na contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos aos requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional.

Assim como a contratação integrada, a empreitada integral pode ser chamada de turn key, isto é, a virada da chave ou chave na mão. Também na empreitada integral, o contratado fica obrigado a entregar a obra ou o serviço em condições de uso imediato. Logo, basta a Administração virar a chave e começar o uso.

Explicita-se que há diferença entre a contratação integrada e empreitada integral. Na primeira, todas as etapas serão realizadas pelo contrato, desde o projeto básico e executivo, até a realização da obra ou do serviço. Na empreitada integral, a elaboração, ao menos, do projeto básico não será de responsabilidade do contratado para realizar a obra ou prestar o serviço.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

15.2.7. Contratação por Tarefa

Nos termos do art. 6º, XXXI, a contratação por tarefa consiste no regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

15.3. Dos Serviços em Geral

Nos termos do art. 47, as licitações de serviços atenderão aos princípios:

> **I.** da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
> **II.** do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
> **III.** da vedação à caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

Na licitação de serviços de manutenção e assistência técnica, o edital deverá definir o local de realização dos serviços, admitida a exigência de deslocamento de técnico ao local da repartição ou a exigência de que o contratado tenha unidade de prestação de serviços em distância compatível com as necessidades da Administração.

O art. 48 estabelece que poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

> **I.** indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;
> **II.** fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;
> **III.** estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;
> **IV.** definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;
> **V.** demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;
> **VI**. prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Outrossim, durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Importante é a disposição legal prevista no art. 49. Segundo o dispositivo legal, a Administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que essa contratação não implique perda de economia de escala, quando:

> **a)** o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; e
> **b)** a múltipla execução for conveniente para atender à Administração.

A Administração deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada um dos contratados.

Ainda, nos termos do art. 48, nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I. registro de ponto;
II. recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
III. comprovante de depósito do FGTS;
IV. recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;
V. recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;
VI. recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

15.4. Da Locação de Imóveis

Nos termos do art. 51, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.

Excepcionalmente, haverá a inexigibilidade de licitação para locação de imóveis, conforme previsto no art. 74, V. Assim, no caso de locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha, haverá inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição.

15.5. Das Licitações Internacionais

Nos termos do art. 6º, XXXV da Lei n.º 14.133/21, a licitação internacional consiste na licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro.

De acordo com o art. 72, nas licitações de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

Ademais, quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo. Todavia, o pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude de licitação será efetuado em moeda corrente nacional.

As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

O edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras.

16. DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o art. 78 da Lei n.º 14.133/21 , são procedimentos auxiliares das licitações e das contratações:

I. credenciamento;
II. pré-qualificação;
III. procedimento de manifestação de interesse;
IV. sistema de registro de preços;
V. registro cadastral.

Esses procedimentos obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Ademais, o julgamento que decorrer da pré-qualificação e do procedimento de manifestação de interesse seguirá o mesmo procedimento das licitações.

16.1. Do Credenciamento

De acordo com o art. 6º, XLIII da Lei n.º 14.133/21, o credenciamento consiste no processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Nos termos do art. 79 da Lei n.º 14.133/21, o credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I. paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
Neste caso, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda.
Ademais, o edital de chamamento deverá definir o valor da contratação.
II. com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
O edital de chamamento deverá definir o valor da contratação.
III. em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Neste caso, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação.

Atente-se A ainda que a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados. Esse edital deverá prever condições padronizadas de contratação. Também não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração. Por fim, será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

16.2. Da Pré-qualificação

De acordo com o art. 6º, XLIV da Lei n.º 14.133/21, a pré-qualificação consiste no procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, **dos interessados ou do objeto**.

A pré-qualificação é regulamentada no art. 80, segundo o qual será utilizado para selecionar previamente:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **I.** licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;
> **II.** bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Com a Lei n.º 14.133/21, a pré-qualificação, que já era aplicada para selecionar previamente os licitantes (interessados), passa a ser possível para selecionar os bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Nesse sentido, na pré-qualificação aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral. Por sua vez, na pré-qualificação aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:

> **I.** as informações mínimas necessárias para definição do objeto;
> **II.** a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar a correção ou a reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores. Poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

A pré-qualificação terá validade:

> **I.** de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;
> **II.** não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público.

A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

16.3. Procedimento de Manifestação de Interesse

Nos termos do art. 81 da Lei n.º 14.133/21, a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública.

A realização pela iniciativa privada de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1) não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;
2) não obrigará o poder público a realizar licitação;
3) também não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;
4) será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

Para aceitação dos produtos e serviços, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

O PMI poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

16.4. Do Sistema de Registro de Preços

Nos termos do art. 6º, XLV da Lei n.º 14.133/21, o sistema de registro de preços consiste no conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, aa obras e aa aquisição e locação de bens para contratações futuras.

Assim, a formação do SRP poderá ser utilizada na contratação direta ou licitação, bem como nas modalidades pregão ou concorrência.

Nos termos do art. 82, o edital de licitação para registro de preços deverá dispor sobre:

I. as especificidades da licitação e do seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;
II. a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;
III. a possibilidade de prever preços diferentes:
a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;
b) em razão da forma e do local de acondicionamento;
c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
d) por outros motivos justificados no processo;
IV. a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
V. o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
VI. as condições para alteração de preços registrados;
VII. o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
VIII. a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
IX. as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital. Neste caso, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.

É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações:

> **I.** quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;
> **II.** no caso de alimento perecível;
> **III.** no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

Nos casos acima, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.

O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, e observará às seguintes condições:

> **I.** realização prévia de ampla pesquisa de mercado;
> **II.** seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;
> **III.** desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;
> **IV.** atualização periódica dos preços registrados;
> **V.** definição do período de validade do registro de preços;
> **VI.** inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

O sistema de registro de preços poderá ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso. Por sua vez, o contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

> **I.** existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;
> **II.** necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação. Essa situação será dispensável quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ressalta-se a Atente-se à chamada licitação carona. De acordo com o art. 86, § 2º, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, se não participarem do procedimento, observados os seguintes requisitos:

> **I.** apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
> **II.** demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado;
> **III.** prévias consultas e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

O **limite individual**, isto é, **por órgão ou entidade**, não poderá exceder **50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório** registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

Por outro lado, o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na **totalidade**, o **dobro do quantitativo de cada item registrado** na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, **independentemente do número de órgãos não participantes** que aderirem. Trata-se do **limite global.**

A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo Ffederal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite global se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade dos preços registrados com os valores praticados no mercado.

Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite global.

Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

16.5. Registro Cadastral

Nos termos do art. 87 da Lei n.º 14.133/21, os órgãos e as entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas, para efeito de cadastro unificado de licitantes.

O sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo, o anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.

É proibida a exigência pelo órgão ou entidade licitante de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos.

A Administração **poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados**, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento. Neste caso, será admitido fornecedor que realize seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para a habilitação previstos na Lei.

O inscrito, considerada a sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial. Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

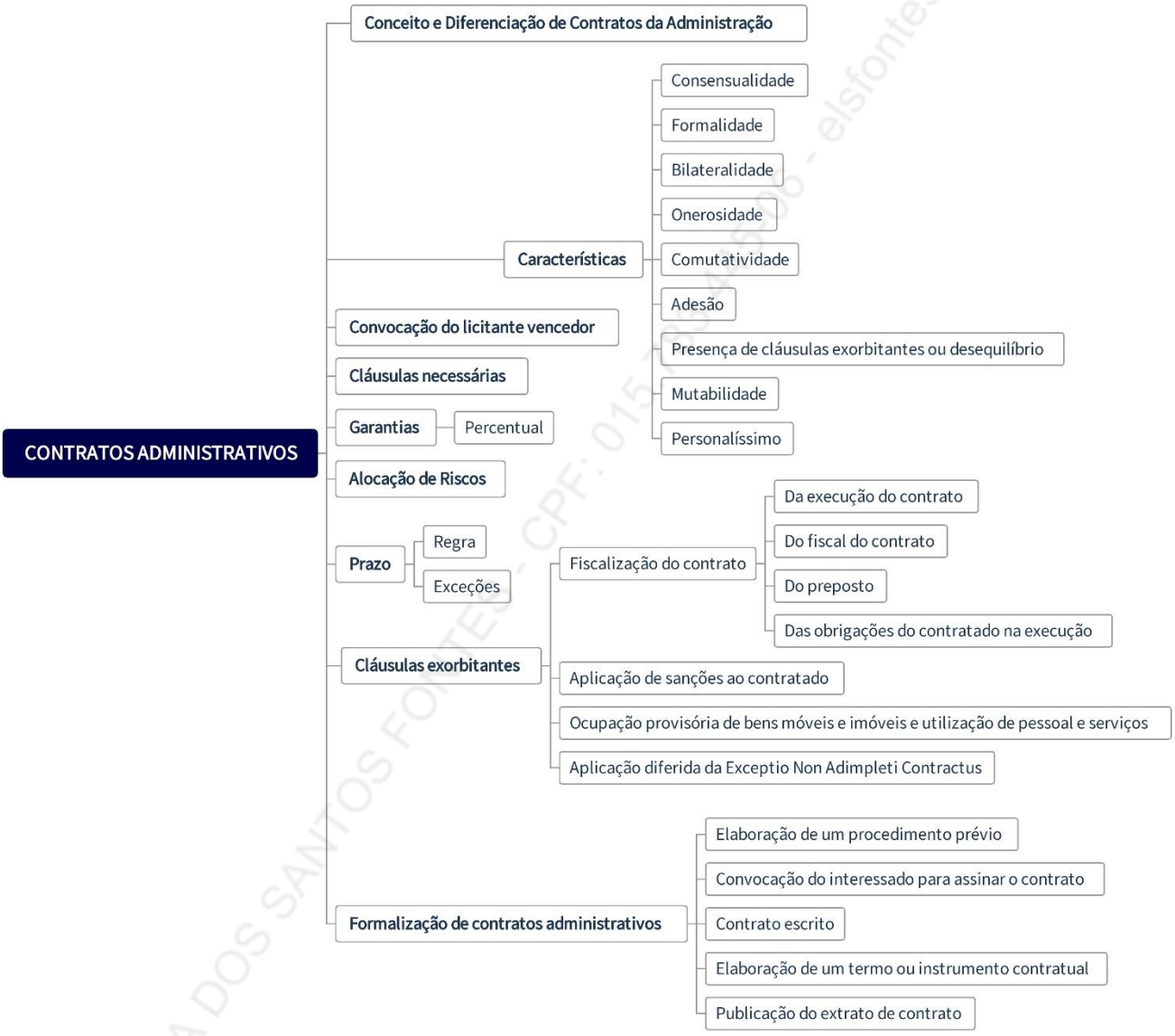
A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas pela Lei n.º 14.133/21 ou por regulamento.

O interessado que requerer o cadastro poderá participar de processo licitatório até a decisão da Administração, e a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado.

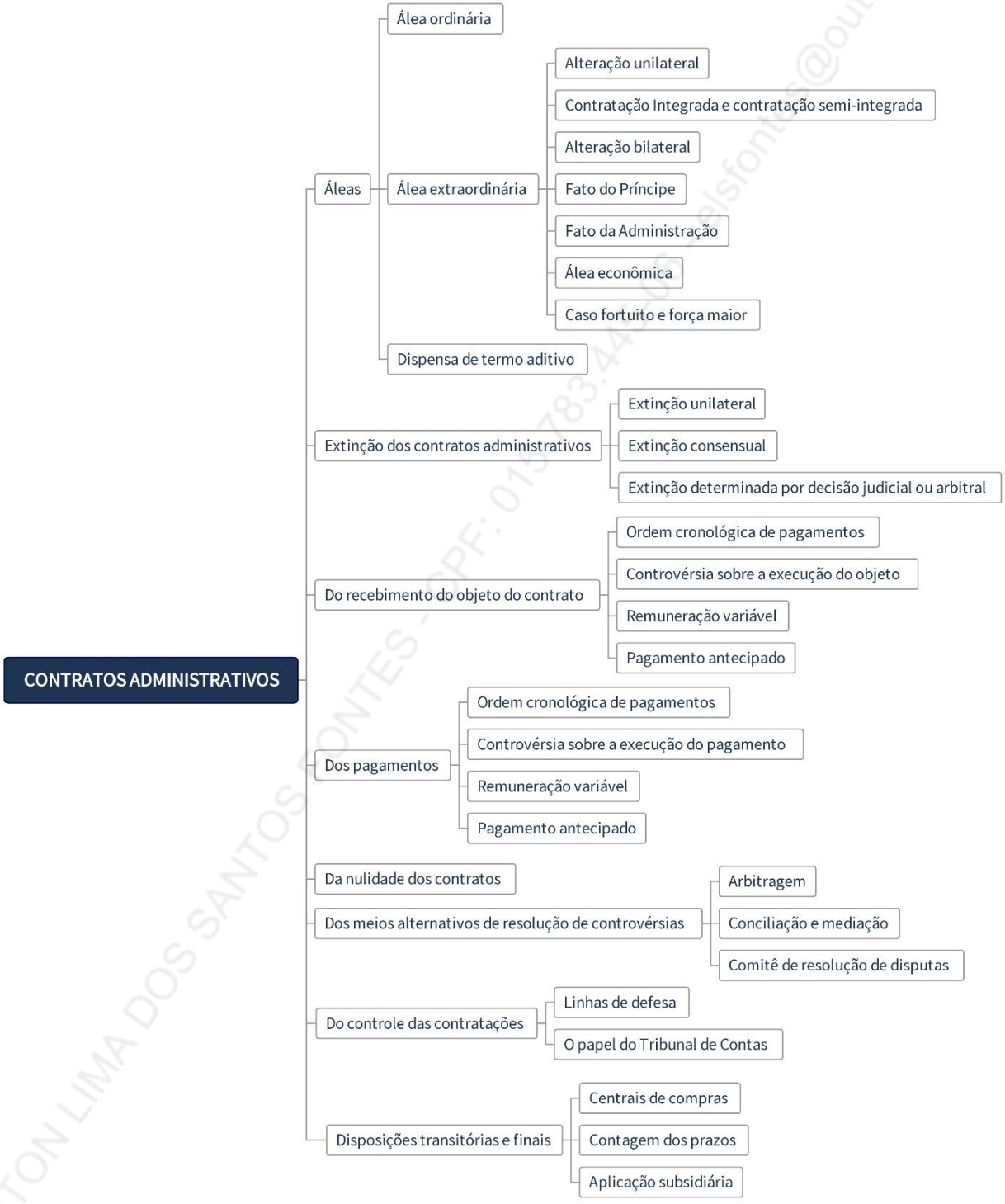
EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contratos da Administração é uma expressão utilizada para se referir a todos os contratos celebrados pela Administração Pública, sejam regidos pelo Direito Público, sejam regidos pelo Direito Privado.

Nas palavras de Carvalho Filho[133], "toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual".

Por sua vez, os contratos administrativos consistem na expressão utilizada para se referir a qualquer acordo de vontades que a Administração Pública, nessa qualidade, celebre com Pessoa Física ou Jurídica, pública ou privada, para a consecução de um fim de interesse público, segundo normas de Direito Público, preponderantemente.

De acordo com o art. 89 da Lei n.º 14.133/21, os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

É preciso pontuar, nos termos do art. 190, §1º da Lei n.º 14.133/21, que o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor da lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Como visto anteriormente, em razão da possibilidade de um regime licitatório simultâneo, a Administração poderia optar, até 30 de dezembro de 2023 (alteção promovida pela MP 1.167/2023), por licitar as suas contratações pelo novo regime ou pelo anterior. Assim, caso a opção da Administração seja a Lei n.º 14.133/21, o contrato respectivo será regido pelas regras da Lei n.º 8.666/93.

A partir de agora, o estudo ficará restrito aos contratos administrativos.

2. CARACTERÍSTICAS

2.1. Consensualidade

Os contratos consensuais são aqueles que, para que se tornem perfeitos, apenas é necessário o acordo de vontade – consenso – entre as partes, de modo que não se exige qualquer outro ato para completar sua formação.

2.2. Formalidade

Os contratos formais ou solenes são aqueles que exigem uma forma pré-estabelecida em lei para que se tornem válidos.

Atente-se que, atualmente, alguns doutrinadores defendem vêm defendendo o chamado formalismo moderado, em razão dos efeitos práticos dos chamados contratos verbais.

[133] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.174

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Assim, nos termos do art. 95, § 2º, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)[134].

Todavia, atente-se que o dispositivo legal supra deve ser interpretado de acordo com os princípios gerais de Direito e os valores constitucionais. Assim, por mais que haja um contrato verbal que não se encaixe na exceção legal, a Administração Pública precisa realizar o pagamento pelos serviços prestados.

Nesse sentido, caso o particular execute serviço sem a celebração de contrato, faz-se necessário celebrar um Termo de Ajuste de Contas, que consiste no instrumento legal que tem por finalidade regularizar os contratos não formalizados e autorizar o pagamento de despesas contraídas sem o prévio empenho.

Trata-se da concretização dos princípios da boa-fé objetiva, da moralidade administrativa e da vedação de em enriquecimento sem causa[135].

2.3. Bilateralidade

Os contratos bilaterais, por sua vez, são aqueles em há prestação e contraprestação para as partes envolvidas.

Os contratos administrativos, embora bilaterais, não se caracterizam pela horizontalidade, uma vez que as partes envolvidas não figuram em posição de igualdade.

2.4. Onerosidade

Os contratos onerosos são aqueles em que há direitos e obrigações para ambas as partes. Em outras palavras, pela onerosidade, ambas as partes obtêm vantagens, mas suportam um ônus.

2.5.e) Comutatividade

Os contratos comutativos são aqueles em que prestação e contraprestação já são previamente conhecidas pelas partes.

2.6. Adesão

Os contratos de adesão são aqueles em que as cláusulas contratuais já são pré-definidas por uma das partes, no caso, a Administração Pública, de modo que a outra parte apenas adere ao contrato.

2.7. Presença de Cláusulas Exorbitantes ou Desequilíbrio

Os contratos administrativos possuem as chamadas cláusulas exorbitantes, aquelas que colocam a Administração Pública em uma relação superior ao contratado. Na Lei n.º 14.133/21, as cláusulas exorbitantes vieram previstas no art. 104, no capítulo das prerrogativas da Administração.

[134] Valor atualizado para R$ 10.804,08 (dez mil oitocentos e quatro reais e oito centavos) pelo Decreto nº 10.922/21.

[135] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 243

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O estudo dessas cláusulas será feito adiante no tópico 8 deste capítulo.

2.8. Mutabilidade

Característica intrínseca aos contratos administrativos, a mutabilidade refere-se ao fato de os contratos poderem sofrer alterações unilaterais determinadas pela Administração Pública. Trata-se, nos termos do art. 104, I da Lei n.º 14.133/21 prerrogativa da Administração em relação aos contratados.

Assim, a mutabilidade gera certa instabilidade aos contratos administrativos.

2.9. Personalíssimo

Por fim, os contratos administrativos também são personalíssimos ou intuituo personae. Assim, cabe ao contratado executar o objeto licitado, vedada sua execução por terceiros.

O fato de os contratos administrativos serem personalíssimos não impede que haja a subcontratação, nos termos do art. 122 da Lei n.º 14.133/21.

Assim, na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá **subcontratar** partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

Será Atente-se que será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

3. CONVOCAÇÃO DO LICITANTE VENCEDOR

Nos termos do art. 90 da Lei n.º 14.133/21, a Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, **dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação**, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na Lei.

Assim, diferente do regramento anterior, o qual previa o prazo de 60 (sessenta dias) da entrega das propostas para que houvesse a convocação para a contratação, a Lei n.º 14.133/21 estabelece que cabe ao edital da licitação disciplinar o prazo para a convocação.

O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, **convocar os licitantes**

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato **nas condições propostas pelo licitante vencedor.**

Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, **poderá:**

> **Art. 90, § 4º**
> **I.** convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;
> **II.** adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante. Contudo, isso não se aplicará aos licitantes remanescentes convocados.

Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos acima.

4. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS

São aquelas que obrigatoriamente terão nos contratos administrativos. Estão estabelecidas no art. 92 da Lei n.º 14.133/21. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

> **I.** o objeto e seus elementos característicos;
> **II.** a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;
> **III.** a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;
> **IV.** o regime de execução ou a forma de fornecimento;
> **V.** o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
> **VI.** os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;
> **VII.** os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
> **VIII.** o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
> **IX**. a matriz de risco, quando for o caso;
> **X.** o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
> **XI.** o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
> **XII**. as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
> **XIII.** o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
> **XIV.** os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

multas e suas bases de cálculo;
XV. as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XVI. a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para qualificação, na contratação direta;
XVII. a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
XVIII. o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
XIX. os casos de extinção.

Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

1) licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

2) contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

3) aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

De acordo com as peculiaridades do seu objeto e do seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja um período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início da sua execução.

5. GARANTIAS

As garantias dos contratos administrativos poderão ser exigidas a critério da autoridade competente, desde que prevista no edital, conforme dispõe o art. 96 da Lei n.º 14.133/21.

Ao **contratado** caberá optar por uma das garantias legais:

1) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública;
2) seguro-garantia;
3) fiança bancária.

Na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração.

O edital fixará prazo mínimo de 1 (um) mês, contado da data da homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação da garantia pelo contratado quando optar pelo seguro-garantia.

A Lei n.º 14.133/21 se preocupou em disciplinar mais detalhadamente o seguro-garantia. Assim, nos termos do art. 97, o seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras:

1) o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

2) o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data da renovação ou do aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, salvo no caso de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração.

Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

> a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá:
> ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
> acompanhar a execução do contrato principal;
> ter acesso a auditoria técnica e contábil;
> requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;
> emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;
> a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Na hipótese de inadimplemento do contratado, **caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato**, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice. Ademais, **caso a seguradora não assuma a execução do contrato**, ela pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

Por fim, ressalta-se que a alteração das garantias prestadas somente pode ser realizada por acordo entre as partes, isto é, por meio de alteração bilateral, não sendo possível a alteração unilateral por parte da Administração, nos termos do art. 124, II, 'a' da Lei n.º 14.133/21.

5.1. Percentual

Regra: até 5% do valor inicial do contrato, nos casos de obras, serviços e fornecimentos.

Exceção:

1) Até 10% desse valor, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

2) Até 30% desse valor, nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, na modalidade seguro-garantia.

Nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a 1 (um) ano, assim como nas subsequentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para a aplicação dos percentuais acima.

A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.

6. ALOCAÇÃO DE RISCOS

Nos termos do art. 103 da Lei n.º 14.133/21, o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Assim, o contrato administrativo deverá ter cláusulas prevendo fatos que, caso ocorram, ora serão suportados pela Administração Pública, ora pelo contratado e ora serão entre eles compartilhados.

A alocação de riscos considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

1) às alterações unilaterais determinadas pela Administração;

2) ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

Na alocação de risco, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

7. PRAZO

7.1. Regra

Assim, como no regramento anterior, a regra de duração dos contratos administrativos será de até 12 meses, correspondentes à vigência do crédito orçamentário, conforme pode-se concluir da previsão do art. 105 da Lei n.º 14.133/21.

Além disso, nos termos do art. 112 da Lei n.º 14.133/21, os prazos contratuais nela previstos não excluem nem revogam os prazos contratuais previstos em lei especial.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7.2. Exceções

Todavia, a Lei n.º 14.133/21 trouxe diversas situações em que os contratos poderão vigorar por mais de 12 meses. No caso de contratações que superem a 1 ano, deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual.

Atente-se, agora, aos contratos que poderão ter duração superior a 1 ano:

A) Prazo de até 5 (cinco) anos (art. 106):

A.1. Contratos de serviços e fornecimentos contínuos; e

A.2. Contratos de **aluguel de equipamentos e de utilização de programas de informática.**

Em ambos os casos, devem ser observadas as seguintes diretrizes:.

> **I.** a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;
> **II.** a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;
> **III**. a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

Essa extinção ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos, de acordo com o art. 107, poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

B) Contratos com prazo de até 10 (dez) anos (art. 108):

B.1. Contratos cujo objeto seja bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

B.2. Contratos cujo objeto seja materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

B.3. Contratos destinados à contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/04, que dispõe sobre **incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo**, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

B.4. Contratos destinados à contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios

B.5. Contratos destinados à contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

B.6. Contratos para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

C) Prazo indeterminado (art. 109)

Nos termos do art. 109 da Lei n.º 14.133/21, a Administração poderá estabelecer a vigência por prazo **indeterminado** nos contratos em que seja **usuária de serviço público** oferecido em regime de **monopólio**, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a **existência de créditos orçamentários** vinculados à contratação.

D) Prazo de até 15 (quinze) anos (art. 114)

Os contratos de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderão ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

E) Contratos que gerem receitas e Contratos de Eficiência (art. 110)

Nesses contratos, os prazos serão de:

I. até 10 (dez) anos, nos contratos **sem investimento;**

II. até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos **com investimento**, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

F) Contratos por escopo (art. 111)

Cabe, aqui, diferenciar os contratos por escopo dos contratos por prazo certo ou de trato sucessivo.

Nos contratos por escopo, a avença somente será cumprida, independentemente do prazo pactuado, com a execução total do objeto contratual. Assim, o contrato somente restará encerrado com o cumprimento do contrato.

Dessa forma, nos termos do art. 111 da Lei n.º 14.133/21, na contratação que previr a conclusão de um escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

Atente-se que, quando a não conclusão decorrer de **culpa do contratado**, 1) o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas; e 2) a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Por outro lado, nos contratos de trato sucessivo, o contratado precisa cumprir as obrigações contratuais até o prazo final do contrato, que, uma vez alcançado, estará extinta a avença.

G) Contratos de fornecimento e prestação de serviço associado (art. 113)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Esses contratos terão sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 da Lei.

8. CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes são aquelas que dão poderes à Administração Pública dentro da relação contratual, colocando o contratado sujeito às decisões administrativas. A Lei nº 14.133/21 disciplinou o tema em seu art. 104, estabelecendo as prerrogativas da Administração.

As cláusulas exorbitantes podem ser aplicadas nos contratos de direito privado celebrados pela Administração. Contudo, para que haja aplicação nesses contratos é preciso previsão expressas. Diferentemente, nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes serão aplicáveis independente de previsão expressa no contrato. Basta a previsão na legislação para a sua incidência.

8.1. Fiscalização do Contrato

8.1.1. Da execução do contrato

Antes de se adentrar na fiscalização do contrato e as suas consequências, faz-se importante passar pela execução contratual.

Assim, nos termos do art. 115 da Lei n.º 14.133/21, o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

É proibido à Administração retardar imotivadamente a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, inclusive na hipótese de posse do respectivo chefe do Poder Executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital.

Em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila.

Nas contratações de obras, caso haja impedimento, paralisação ou suspensão do contrato por mais de 1 (um) mês, a Administração deverá divulgar, em sítio eletrônico oficial e em placa a ser afixada em local da obra de fácil visualização pelos cidadãos, aviso público de obra paralisada, com o motivo e o responsável da inexecução temporária do objeto do contrato e a data prevista para o reinício da sua execução.

8.1.2. Do fiscal do contrato

De acordo com o art. 117 da Lei n.º 14.133/21, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados, ou pelos respectivos substitutos, **permitida a contratação de terceiros** para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.

O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.

O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

Na hipótese da contratação de terceiros, deverão ser observadas as seguintes regras:

> **I.** a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;
> **II.** a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

8.1.3. Do preposto

Por sua vez, o art. 118 estabelece que o contratado deverá manter preposto aceito pela Administração no local da obra ou do serviço para representá-lo na execução do contrato.

8.1.4. Das obrigações do contratado na execução do contrato

De acordo com o art. 119 da Lei n.º 14.133/21, o contratado será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.

Nos termos do art. 120 da Lei n.º 14.133/21, o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

Assim, nos termos do art. 121, somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Exclusivamente nas contratações de **serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, a Administração responderá **solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas** se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Nesses contratos, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

> **I.** exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
> **II.** condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
> **III.** efetuar o depósito de valores – que são absolutamente impenhoráveis – em conta vinculada;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **IV.** em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
> **V.** estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Ademais, nos termos do art. 116, ao longo de toda a execução do contrato, o contratado, **sob pena de rescisão do contrato** (art. 137, IX) deverá cumprir a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz, bem como as reservas de cargos previstas em outras normas específicas, de modo que sempre que solicitado pela Administração, o contratado deverá comprovar o cumprimento da reserva de cargos, com a indicação dos empregados que preencherem as referidas vagas.

8.2. Aplicação de Sanções ao Contratado

A Lei n.º 14.133/21, em seu art. 155, estabeleceu quais as infrações ensejarão responsabilidade administrativa do licitante ou do contratado.

De acordo com o dispositivo legal, as seguintes infrações ensejarão responsabilidade:

> **I.** dar causa à inexecução parcial do contrato;
> **II.** dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
> **III.** dar causa à inexecução total do contrato;
> **IV.** deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
> **V.** não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
> **VI.** não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
> **VII.** ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
> **VIII.** apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
> **IX.** fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
> **X.** comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
> **XI.** praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
> **XII.** praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, a Lei Anticorrupção.

Por sua vez, o art. 156 estabelece quais as sanções serão aplicadas nos casos das infrações acima estabelecidas. Atente-se que o sancionamento é derivado do Poder Disciplinar.

Ainda, nos termos do art. 156, § 9º, a aplicação das sanções não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

Ademais, nos termos do art. 161, os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), instituídos no âmbito do Poder Executivo Federal.

Por fim, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

São sanções:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

I. Advertência;
II. Multa;
III. Impedimento de licitar e contratar;
IV. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

8.2.1. Advertência

De acordo com o art. 156, § 2º da Lei n.º 14.133/21, a advertência será aplicada exclusivamente no caso de inexecução parcial do contrato, quando não se justificar a imposição de penalidade considerada mais grave.

8.2.2. Multa

A multa, que será calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas, conforme dispõe o art. 156, § 3º da Lei n.º 14.133/21.

Ademais, nos termos do art. 156, § 7º da Lei n.º 14.133/21, a multa pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com as demais penalidades.

Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

Por fim, atente-se que, caso aplicada a multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.

8.2.3. Impedimento de licitar e contratar

A sanção de impedimento de licitar e contratar será aplicada nas seguintes infrações administrativas:.

1) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

2) dar causa à inexecução total do contrato;

3) deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

4) não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

5) não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

6) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado.;

Atente-se ao fato de que o impedimento será aplicado nas infrações acima, caso não se justifique a imposição da penalidade de declaração de inidoneidade.

A sanção ora estudada impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta **do ente federativo** que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

Assim, a Lei nº. 14.133/21 delimita a extensão da penalidade de impedimento, acabando com uma divergência legal, doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8.2.4. Declaração de Inidoneidade

A declaração de inidoneidade será aplicada nas seguintes infrações administrativas:

1) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

2) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

3) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

4) praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

5) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, a Lei Anticorrupção.

Também será aplicada a declaração de inidoneidade nas infrações disciplinares para ensejar o impedimento de contratar, quando justificar a imposição de penalidade mais grave.

Atente-se que Aa penalidade ora estudada impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da **Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.**

A declaração de inidoneidade será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:

> **I.** quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal;
> **II.** quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;
> **III.** quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente aos Ministros e Secretários de Estado.

A aplicação da declaração de inidoneidade só abarca as relações jurídicas futuras, razão pela qual produz efeitos *ex nunc*.[136]

8.2.5. Processo de Responsabilização

Caso as sanções aplicadas sejam o **impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar**, será necessária a instauração de **processo de responsabilização**, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

[136] STJ. MS 13.101/DF 2008.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I. interrompida pela instauração do processo de responsabilização;
II. suspensa pela celebração de acordo de leniência, nos termos da Lei n.º 12.846/13;
III. suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

8.2.6. Apuração e julgamento conjuntos

Os atos previstos como infrações administrativas na Lei n.º 14.133/21 ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n.º 12.846/13 serão **apurados e julgados conjuntamente**, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

8.2.7. Desconsideração da personalidade jurídica

Nos termos do art. 160 da Lei n.º 14.133/21, a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com **abuso do direito** para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei ou para provocar **confusão patrimonial.**

Procedida a desconsideração, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Assim, diante da previsão legal, conclui-se que a Lei n.º 14.133/21 adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que exige o abuso de direito ou a confusão patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e dos seus sócios, além da própria insolvência da pessoa jurídica.

Por outro lado, a teoria menor, adotada em caráter excepcional no direito brasileiro – consumidor, por exemplo – basta a mera prova de insolvência da pessoa jurídica, sendo irrelevante o abuso do direito ou a confusão patrimonial.

8.2.8. Multa de mora

De acordo com o art. 162, a multa de mora será aplicada no caso de atraso injustificado na execução do contrato, de modo que a sua aplicação não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções.

8.2.9. Reabilitação

Será admitida, nos termos do art. 163 da Lei n.º 14.133/21, a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, **cumulativamente:**

I. reparação integral do dano causado à Administração Pública;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

II. pagamento da multa;
III. transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;
IV. cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;
V. análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos acima.

Por fim, a reabilitação, quando a sanção decorrer das infrações de apresentação de declaração ou de documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato, bem como da prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, exigirá a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

8.3. Ocupação Provisória de Bens Móveis e Imóveis e Utilização de Pessoal e Serviços

Nos termos do art. 104, V da Lei n.º 14.133/21, a Administração Pública poderá ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

8.4 Aplicação Diferida da *Exceptio Non Adimpleti* Contractus (Exceção do Contrato Não Cumprido)

É a aplicação da exceção do contrato não cumprido, ou seja, quem não cumprir sua obrigação do contrato, não poderá exigir que a outra parte cumpra a sua. Em outras palavras, uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua.

Contudo, em relação à Administração Pública, isso se aplica de forma postergada, diferida.

De acordo com o art. 137, § 2º, o contratado terá direito à extinção do contrato, além de outras situações, nas seguintes hipóteses:

I. 1) suspensão de execução do contrato, **por ordem escrita da Administração**, por prazo superior a 3 (três) meses;
II.2) repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;
III.3) atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos.

Nesses casos, especificamente:

1) não serão admitidas a extinção em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2) assegurarão ao contratado o **direito de optar pela suspensão** do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

9. FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

9.1. Elaboração de um procedimento prévio

É o procedimento de licitação ou de justificação (casos de contratação direta).

9.2. Convocação do interessado para assinar o contrato

Nos termos do art. 90 da Lei n.º 14.133/21, a Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na Lei.

Assim, diferente do regramento anterior, o qual previa o prazo de 60 (sessenta dias) da entrega das propostas para que houvesse a convocação para a contratação, a Lei n.º 14.133/21 estabelece que cabe ao edital da licitação disciplinar o prazo para a convocação.

9.3. Contrato escrito

O contrato e seus aditamentos devem ser por escrito, nos termos do art. 91 da Lei n.º 14.133/21. Todavia, nos termos do art. 95, § 2º, é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Todavia, atente-se que o dispositivo legal supra deve ser interpretado de acordo com os princípios gerais de Direito e os valores constitucionais. Assim, por mais que haja um contrato verbal que não se encaixe na exceção legal, a Administração Pública precisa realizar o pagamento pelos serviços prestados.

Nesse sentido, caso o particular execute serviço sem a celebração de contrato, faz-se necessário celebrar um Termo de Ajuste de Contas, que consiste no instrumento legal que tem por finalidade regularizar os contratos não formalizados e autorizar o pagamento de despesas contraídas sem o prévio empenho.

Trata-se da concretização dos princípios da boa-fé objetiva, da moralidade administrativa e da vedação ao em enriquecimento sem causa[137].

9.4. Elaboração de um termo ou instrumento contratual

Será obrigatório como regra, nos termos do art. 95 da Lei n.º 14.133/21.

Por outro lado, será facultativo nas seguintes hipóteses:

1) dispensa de licitação em razão de valor;

[137] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 243

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2) compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

Nesses casos, a Administração poderá substituir o instrumento de contrato por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

9.5. Publicação do extrato do contrato

Os contratos serão divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial, conforme dispõe o art. 91 da Lei n.º 14.133/21.

Contudo, nos termos do § 1º, será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação.

Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos.

Atente-se que, nos termos do art. 94 da Lei n.º 14.133/21, é preciso divulgar o contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), como condição indispensável para a sua eficácia e dos seus aditamentos, devendo ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

1) 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

2) 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

Fato relevante refere-se aos contratos celebrados em caso de urgência. Esses contratos terão eficácia a partir da sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos acima, sob pena de nulidade.

A divulgação non PNCP, quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

Por sua vez, no caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

Por fim, os Contratos relativos a direitos reais sobre imóveis serão formalizados por escritura pública lavrada em notas de tabelião, cujo teor deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

10. ÁLEAS

Álea significa risco. Todavia, antes de se adentrar nos institutos específicos, faz-se necessário estudar as questões atreladas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Atente-se que, de acordo com o Enunciado 19, do CJF, as controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

ATENÇÃO

Reajuste -x Revisão -x Repactuação

Os três institutos são mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De acordo com o art. 6º, LVIII da Lei n.º 14.133/21, o reajuste consiste em forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

Nos termos do art. 25, § 7º e do art. 92, § 3º, independentemente do prazo de duração do contrato, será **obrigatória a previsão no edital e no contrato de índice de reajustamento** de preço com data-base vinculada à data do orçamento estimado, com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

Observe que o reajuste constitui cláusula necessária nos contratos administrativos, conforme dispõe o art. 92, V da Lei n.º 14.133/21.

Trata-se de instituto utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda, em razão da inflação. Portanto, o que enseja o reajuste é a inflação.

Para ocorrer o reajuste, deve haver previsão no edital, inclusive com indicação do índice, sob pena da proposta ser irreajustável.

O reajuste deve observar o prazo mínimo de 1 ano, contado da data do orçamento estimado, conforme dispõe o art. 25, § 8º e o art. 92, § 4º, ambos da Lei n.º 14.133/21.

Para se proceder ao reajuste será dispensada a celebração de termo aditivo ao contrato, conforme prevê o art. 136, I da Lei n.º 14.133/21.

Outro relevante instituto é o da revisão. Trata-se de instituto utilizado para reequilibrar o contrato administrativo em razão de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, conforme dispõe o art. 124, II, 'd'.

Pelo fato de decorrer de fatores imprevisíveis, a revisão independe de previsão contratual, assim como de um lapso temporal mínimo.

A revisão ensejará a realização de termo aditivo, não podendo ocorrer somente por simples apostila.

Por fim, deve ser estudado o instituto da repactuação. Conforme dispõe o art. 6º, LIX da Lei n.º 14.133/21, a repactuação consiste em forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

A repactuação é espécie de reajuste, porém, somente aplicável para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. A repactuação ocorrerá pela análise de variação dos custos na planilha de preços.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Atente-se que constitui cláusula necessária do contrato o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso, conforme dispõe o art. 92, X da Lei n.º 14.133/21. Ademais, o art. 92, § 6º, dispõe que o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação que apresente a demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação, nos termos do art. 135, § 6º da Lei n.º 14.133/21.

Por ser espécie de reajuste, a repactuação deverá observar o prazo mínimo de 1 ano, nos termos do art. 25, § 8º e do art. 92, § 4º, ambos da Lei n.º 14.133/21.

Esse prazo mínimo de 1 ano será contado:

1) para custos decorrentes do mercado, da apresentação da proposta.

2) para os custos de mão de obra, do acordo, da convenção coletiva ou do dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada.

Neste último caso, quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação poderá ser dividida em tantos quanto forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação, conforme dispõe o art. 135, § 5º da Lei n.º 14.133/21.

A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

Ainda observe que o art. 135, § 4º estabelece que a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

Para se proceder ao reajuste será dispensada a celebração de termo aditivo ao contrato, conforme prevê o art. 136, I da Lei n.º 14.133/21.

10.1. Álea Ordinária

É o risco ordinário de todo e qualquer empreendimento. Dessa forma, os prejuízos decorridos da álea ordinária são de responsabilidade do contratado.

10.2. Álea Extraordinária

10.2.1. Alteração Unilateral

A alteração unilateral dos contratos pode ser uma alteração **qualitativa e quantitativa** e está disciplinada nos arts. 124 a 136 da Lei n.º 14.133/21.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

De outro lado, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Observe que Aas alterações unilaterais devem recair sobre as cláusulas regulamentares ou de execução. Estas são aquelas cláusulas que estabelecerão a forma de execução dos contratos. Ex.: a parede deve ser pintada de azul. A Administração decide modificar unilateralmente e estabelece que será colocado mármore na parede.

Por sua vez, as cláusulas financeiras ou econômico-financeiras estão relacionadas aos aspectos financeiros dos contratos, como, por exemplo, o preço.

A alteração qualitativa ocorrerá quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos.

A alteração quantitativa, por sua vez, ocorrerá quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

De acordo com o art. 125 da Lei n.º 14.133/21, seja nas alterações qualitativas, seja nas quantitativas, o contrato será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras de até 25% do valor inicial do contrato. Caso seja reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos. E as supressões desse contrato mantem-se em 25%.

A Lei n.º 14.133/21, dessa forma, adotou posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) estabelecendo limite legais tanto para as alterações qualitativas, quanto para as quantitativas.

Outro posicionamento relevante do TCU[138] refere-se à vedação de compensação entre acréscimos e supressões. Os valores devem ser computados separadamente.

Por óbvio, mas importante a previsão, o art. 126 dispõe que as alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação, assim deve-se preservar a identidade do objeto contratado.

De acordo com o art.127, se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, os preços serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites legais.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, de acordo com o art. 128, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. A finalidade do dispositivo é evitar o "jogo de planilhas"[139].

[138] TCU, Acórdão nº 479/2010, Relator: Ministro Augusto Nardes, Plenário, Julgado em 14/04/2010.

[139] Trata-se de expressão referente ao fato de o particular identificar que a Administração Pública não observou determinada quantidade de serviço. Assim, de maneira intencional, o particular realiza proposta com preços unitários mais elevados para esses serviços omissos, de modo que, quando a Administração realizar alteração quantitativa, haverá um aumento dos seus lucros.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por sua vez, o art. 129 dispõe que, nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

Atente-se que, havendo alteração unilateral, nos termos do art. 130, que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Outrossim, a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

O pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação.

Por fim, de acordo com o art. 132, a formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.

10.2.2. Contratação Integrada e Contratação Semi-integrada

De acordo com o art. 133 da Lei n.º 14.133/21, nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

> **I.** para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
> **II.** por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites legais;
> **III.** por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas;
> **IV.** por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

10.2.3. Alteração bilateral

De acordo com o art. 124, II, os contratos também poderão ser alterados por acordo entre as partes:

> **a)** quando conveniente a substituição da garantia de execução;
> **b)** quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
> **c)** quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
> **d)** para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Aplica-se este último caso às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

10.2.4. Fato do Príncipe

O fato do príncipe é a medida de autoridade pública, de caráter geral, não diretamente relacionado ao contrato, embora nele reflita indiretamente, dificultado ou impedindo sua execução.

Na Lei n.º 14.133/21, o fato do príncipe está previsto no art. 134. Pelo dispositivo legal, os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Assim, como pode ser visto do dispositivo legal, o fato do príncipe pode ser positivo ou negativo.

ATENÇÃO

Para parte da doutrina do Direito Administrativo, o fato deve emanar da mesma pessoa jurídica que celebrou o contrato. Caso emane de uma pessoa jurídica diversa irá ser aplicada a teoria da imprevisão. Outra parte da doutrina não diferencia o ente público causador do fato.

Haverá a alteração do contrato para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, isto é, será mantida a relação de adequação entre os encargos do contratado e a remuneração paga pela Administração Pública. Isso será feito por aditamento.

A manutenção desse equilíbrio se configura como um direito intangível do contratado, nos termos do art. 37, XXI da CR/88.

10.2.5. Fato da Administração

É toda conduta ou comportamento da Administração que reflete diretamente sobre o contrato, impedindo ou dificultado sua execução.

A Lei n.º 14.133/21 estabeleceu as situações que configuram Fato da Administração e que poderão ensejar a extinção do contrato. Trata-se da previsão contida no art. 137, § 2º.

O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

> **I.** supressão, **por parte da Administração**, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além dos limites legais;
> **II.** suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;
> **III.** repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;
> **IV**. atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;
> **V.** não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

As hipóteses de extinção previstas nos itens II, III e IV observarão as seguintes disposições:

> **1)** não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;
> **2)** assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Os emitentes das garantias deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais.

10.2.6. Álea Econômica

São circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão.

A cláusula *rebus si stantibus* fundamenta a teoria da imprevisão, isto é, o "contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado"[140]. Dessa forma, havendo mudança nas condições existentes, rompe-se o equilíbrio contratual, não podendo ser imputada qualquer culpa à parte inadimplente.

Haverá a alteração do contrato para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, isto é, será mantida a relação de adequação entre os encargos do contratado e a remuneração paga pela Administração Pública.

A manutenção desse equilíbrio se configura como um direito intangível do contratado, nos termos do art. 37, XXI da CR/88.

10.2.7. Caso Fortuito e Força Maior

O caso fortuito e a força maior também são situações que ensejam na impossibilidade das obrigações contratuais serem cumpridas. Observe-se que ocorrendo essas situações, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos restará rompido, exatamente por uma das partes passar a sofrer um encargo extremamente oneroso, que não deu causa para isso.

De acordo com Lei n.º 14.133/21, o caso fortuito e a força maior regularmente comprovados, impeditivos da execução contratual, ensejarão a rescisão contratual, nos termos do art. 137, V.

10.3. Dispensa de Termo Aditivo

De acordo com o art. 136 da Lei nº 14.133/21, os registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

> **I.** variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços

[140] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 213

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

previstos no próprio contrato;
II. atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento previstas no contrato;
III. alterações na razão ou na denominação social do contratado;
IV. empenho de dotações orçamentárias.

11. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos termos do art. 137 da Lei nº 14.133/21, constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

I. não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;
II. desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;
III. alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;
IV. decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;
V. caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;
VI. atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;
VII. atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;
VIII. razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;
IX. não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

A extinção do contrato poderá ocorrer, de acordo com o art. 138, de três formas: 1) unilateral; 2) consensual e 3) decisão arbitral.

11.1. Extinção Unilateral

A extinção unilateral, prevista no art. 138, I da Lei n.º 14.133/21, será determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta.

A extinção unilateral deve ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.

De acordo com art. 139 da Lei n.º 14.133/21, essa extinção, como ocorrerá sem culpa da Administração, poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas na Lei, as seguintes consequências:

I. assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
II. ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade.;

A aplicação das duas medidas acima ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por sua vez, no caso específico da ocupação e utilização de local, instalações e demais, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso.

> **III.** execução da garantia contratual, para:
> **a)** ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;
> **b)** pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;
> **c)** pagamento de valores das multas devidas à Administração Pública;
> **d)** exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;
> **IV.** retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

Por outro lado, de acordo com o art. 138, § 2º, quando a extinção decorrer de **culpa exclusiva da Administração**, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: I – devolução da garantia; II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da extinção; e III – pagamento do custo da desmobilização.

11.2. Extinção Consensual

Nos termos do art. 138, II, a extinção consensual ocorrerá por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

11.3. Extinção Determinada por Decisão Arbitral ou Decisão Judicial

Trata-se de extinção que ocorrerá nas situações em que não houver um acordo entre Administração e contratado, de modo que a extinção contratual será determinada em decisão arbitral ou em decisão judicial, conforme o caso.

12. DO RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO

De acordo com art. 140, o objeto do contrato será recebido:

> **I.** em se tratando de obras e serviços:
> **a)** provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;
> **b)** definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;
> **II.** em se tratando de compras:
> **a)** provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;
> **b)** definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.

O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.

Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.

Em se tratando de obras, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

13. DOS PAGAMENTOS

13.1. Ordem Cronológica de Pagamentos

Nos termos do art. 141 da Lei n.º 14.133/21, no dever de pagamento pela Administração será observada a **ordem cronológica** para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida pelas seguintes categorias de contratos:

1) fornecimento de bens;

2) locações;

3) prestação de serviços;

4) realização de obras.

A ordem cronológica poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:

> **I.** grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
> **II.** pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedades cooperativas, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
> **III.** pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
> **IV.** pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
> **V.** pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de um serviço público de relevância, ou o cumprimento da missão institucional.

A inobservância imotivada da ordem cronológica ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, na seção específica de acesso à informação de seu sítio da internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração da ordem.

De acordo com o art. 142, disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador.

Por fim, nos termos do art. 146, no ato de liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos da administração tributária as características da despesa e os valores pagos, conforme o disposto no art. 63 da Lei n.º 4.320/64.

Assim, de acordo com o art. 63 da Lei n.º 4.320/64, a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Essa verificação tem por fim apurar:

I. a origem e o objeto do que se deve pagar;
II. a importância exata a pagar;
III. a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I. o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
II. a nota de empenho;
III. os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

13.2. Controvérsia Sobre a Execução do Objeto

Nos termos do art. 143, quando houver controvérsia sobre a execução do objeto, quanto à dimensão, à qualidade e à quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento.

13.3. Remuneração Variável

Um dos pontos mais relevantes está previsto no art. 144 da Lei n.º 14.133/21. Trata-se da remuneração variável e o chamado contrato de desempenho.

Assim, na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

Nesse caso, o pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

13.4. Pagamento Antecipado

Nos termos do art. 145 da Lei nº 14.133/21, não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços. Todavia, somente será permitida a antecipação de pagamento se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

Ainda, observe-se que Aa Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.

Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.

14. DA NULIDADE DOS CONTRATOS

Importante tema refere-se à nulidade dos contratos. O tema está disciplinado nos arts. 147 a 150 da Lei n.º 14.133/21.

De acordo com o art. 147, constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

> **I.** impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
> **II.** riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
> **III.** motivação social e ambiental do contrato;
> **IV**. custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
> **V.** despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
> **VI.** despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
> **VII.** medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
> **VIII**. custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
> **IX**. fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
> **X.** custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
> **XI**. custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Assim, caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Por outro lado, caso haja a necessidade de anulação do contrato, deve-se observar o disposto no artigo 147 da Lei n.º 14.133/21. De acordo com o dispositivo, a declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só terá eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez. Ademais, de acordo com o art. 149, a nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Por fim, o art. 150 estabelece que nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

15. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A Lei n.º 14.133/21 concretizou, de maneira expressa, os meios alternativos de resolução de controvérsias. Não se trata, efetivamente, de uma inovação em termos de contratos administrativos, haja vista a recorrência, na prática, desses meios.

Esses meios alternativos vieram disciplinados nos artigos 151 a 154 da Lei n.º 14.133/21.

Assim, nos termos do art. 151, nas contratações regidas pela Lei n.º 14.133/21, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Trata-se, portanto, de um rol meramente exemplificativo de meio alternativos de resolução de conflitos.

Esses meios alternativos de resolução de controvérsias serão aplicados às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Nesse sentido, está o Enunciado 19, da I Jornada de Direito Administrativo. De acordo com o r. enunciado, as controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Perceba-se que Aas questões que podem ser objeto dos meios alternativos de resolução de conflitos também estão em um rol exemplificativo. O importante é que a controvérsia esteja relacionada a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, para contratos que originalmente não estabeleçam os meios alternativos de solução de conflitos, o art. 153 permite que sejam aditados para que haja a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Nesse sentido, está o Enunciado 10, da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal. Segundo o enunciado, em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n.º 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Embora o enunciado tenha sido elaborado com base na legislação anterior, trata-se de entendimento que permanece mesmo com a nova legislação.

15.1. Arbitragem

15.1.1. Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva

A arbitragem é disciplinada pela Lei n.º 9.307/96. De acordo com o disposto no art. 1º, § 1º da Lei da Arbitragem, a Administração Pública direta e indireta – arbitrabilidade subjetiva – poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, de acordo com o seu parágrafo 2º, a autoridade ou o órgão competente, da Administração Pública direta, para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Perceba-se ainda que Aas questões que podem ser submetidas à arbitragem referem-se às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis – arbitrabilidade objetiva.

15.1.2. Arbitragem de Direito e Princípio da Publicidade

De acordo com o art. 152 da Lei n.º 14.133/21, a arbitragem será sempre de direito – vedada a arbitragem por equidade – e observará ao princípio da publicidade. A mesma disposição está prevista no art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem.

No mesmo sentido da publicidade da arbitragem no âmbito da Administração está o Enunciado 15, da I Jornada do CJF, segundo o qual a Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação.

Atente-se ainda que, pelo Enunciado 18, da I Jornada do CJF, a ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.

De acordo com art. 154, o processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Por fim, importante o Enunciado 39, do CJF. Por ele, a indicação e a aceitação de árbitros pela Administração Pública não dependem de seleção pública formal, como concurso ou licitação, mas devem ser objeto de fundamentação prévia e por escrito, considerando os elementos relevantes.

15.1.3. Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

A Lei n.º 9.307/96 estabelece em seu art. 3º, que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Assim, o art. 4º da Lei de Arbitragem estabelece que a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Além disso, o § 1º afirma que a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O compromisso arbitral, por sua vez, está disciplinado no art. 6º da Lei de Arbitragem. De acordo com o dispositivo legal, não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará para a outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Ainda, o art. 9º estabelece que o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Assim, a grande diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral reside no fato de, na primeira, a arbitragem será previamente pactuada entre as partes, antes mesmo do conflito ocorrer. Por sua vez, na segunda, a arbitragem será pactuada após a ocorrência do conflito.

15.2. Conciliação e Mediação

A mediação é forma alternativa de resolução de conflitos disciplinada pela Lei n.º 13.140/15. De acordo com o art. 1º, parágrafo único, a mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Ademais, de acordo com o art. 165, § 3º, do Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Por outro lado, a conciliação consiste em meio alternativo de controvérsias, no qual o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

As grandes diferenças entre a conciliação e a mediação residem no fato de haver ou não vínculo anterior entre as partes, bem como o poder de decisão do mediador e conciliador. Dessa forma, na mediação, o mediador atuará em casos em que há vínculo anterior entre as partes, porém não possui qualquer poder decisório. Logo, cabe às próprias partes chegarem ao consenso.

Por outro lado, na conciliação, o conciliador atua, preferencialmente, em casos em que não haja vínculo anterior, mas poderá sugerir soluções para dirimir a controvérsia.

15.3. Comitê de Resolução de Disputas

O comitê de resolução de disputas ou o Dispute Board (DB) é um mecanismo alternativo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos, especialmente com relação a contratos de longa duração, notadamente os contratos de infraestrutura e de inovação científica e tecnológica.

O Dispute Board (DB) é formado por um comitê composto por profissionais especialistas e independentes, nomeados para acompanharem a execução contratual, desde o início ou nos momentos mais críticos do projeto, e sugerirem/decidirem soluções às eventuais controvérsias técnicas que possam surgir ao longo da execução contratual.

Quanto à composição dos membros do Comitê, a prática contratual normalmente adota a formação por três membros, cada parte contratante indicando um dos componentes. Os dois indicados, então, nomeiam um terceiro membro.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Dessa forma, o Dispute Board proporciona uma espécie de gerenciamento que previne o acirramento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações entre as partes envolvidas.

A adoção pelo comitê de resolução de disputas gera vantagens na execução contratual, que podem ser resumidas em (1i) fator qualitativo das manifestações; (2ii) diminuição da litigiosidade nos contratos; (3iii) celeridade na resolução de conflitos; e (4iv) integração de contratos incompletos, reduzindo incertezas; (5v) redução de custos.

O Conselho da Justiça Federal (CJF), em estudo sobre a Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, coordenado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, emitiu três importantes enunciados sobre os Dispute Boards:

> **Enunciado CJF n.º 49:** "Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3° do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.";
> **Enunciado CJF n.º 76**: "As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.";
> **Enunciado CJF nº 80**: "A utilização de Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos."

Atente-se que o *Dispute Board* pode ser dividido em três categorias tratadas pela doutrina especializada e visualizadas na prática de seu manejo contratual, quais sejam: 1) a recomendatória, 2) a adjudicatória e 3) a mista.

No DB recomendatório, os comitês fazem recomendações, e são chamados de dispute review boards – DRB. No DB adjudicatório, os comitês tomarão decisões, e são chamados de dispute adjudication boards – DAB. Por fim, o DB misto é aquele que terá ambas as funções, sendo, portanto, chamado de combined dispute boards – CDB.

Portanto, a depender do regramento contratual, as soluções providas pelo Comitê poderão: assumir feição de recomendações aos contratantes, sendo não vinculantes; adquirir a qualificação de decisões obrigatórias às partes; ou, a depender do ajuste, poderão ter, para algumas matérias, natureza cogente e, para outras circunstâncias do contrato, natureza recomendatória, revelando-se modelagem híbrida do dispute board. Nesta modelagem, a manifestação do Comitê passará a ter natureza decisória se uma das partes o acionar para decidir sobre dada questão e a outra parte anuir ou silenciar quanto à resolução do litígio através de solução vinculante do board.

Por fim, de acordo com art. 154, o processo de escolha dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

16. DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES

16.1. Linhas de Defesa

De acordo com o art. 169 da Lei n.º 14.133/21, as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estarem subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. Primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

2. Segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

3. Terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

A responsabilidade pela implementação das linhas de defesa será da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.

Os integrantes das linhas de defesa observarão o seguinte:

> **I.** quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;
> **II.** quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração adotarão as providências necessárias para apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para apuração dos demais ilícitos de sua competência.

16.2. O Papel do Tribunal de Contas

O art. 170 estabelece que os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos na Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação.

As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.

A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação.

Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei n.º 14.133/21.

Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

> **I.** viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;
II. adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;
III. definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações prestadas pela Administração, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I. as causas da ordem de suspensão;
II. o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I. informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;
II. prestar todas as informações cabíveis;
III. proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

O descumprimento do disposto acima ensejará apuração de responsabilidade e obrigação de reparação de prejuízo causado ao erário.

A decisão que examinar o mérito da medida cautelar deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

Por fim, o art. 173 estabelece que os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei n.º 14.133/21, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

17. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS DA LEI N.º 14.133/21

17.1. Centrais de Compras

Conforme dispõe o art. 181, os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades da Lei n.º 14.133/21.

No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a instituição das centrais de compras, nos termos da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados pela Lei n.º 14.133/21, os quais serão divulgados no PNCP.

17.2. Contagem dos Prazos

Conforme dispõe o art. 183 da Lei n.º 14.133/21, os prazos previstos na lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:

> **I.** os prazos expressos em dias corridos serão computados de modo contínuo;
> **II.** os prazos expressos em meses ou anos serão computados de data a data.;

Frisa-se que, se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, considera-se como termo o último dia do mês.

> **III.** nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente.

Salvo disposição em contrário, considera-se dia do começo do prazo:

> **I.** o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na internet;
> **II.** a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a notificação for pelos correios.

Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, se o expediente for encerrado antes da hora normal ou se houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

17.3. Aplicação Subsidiária

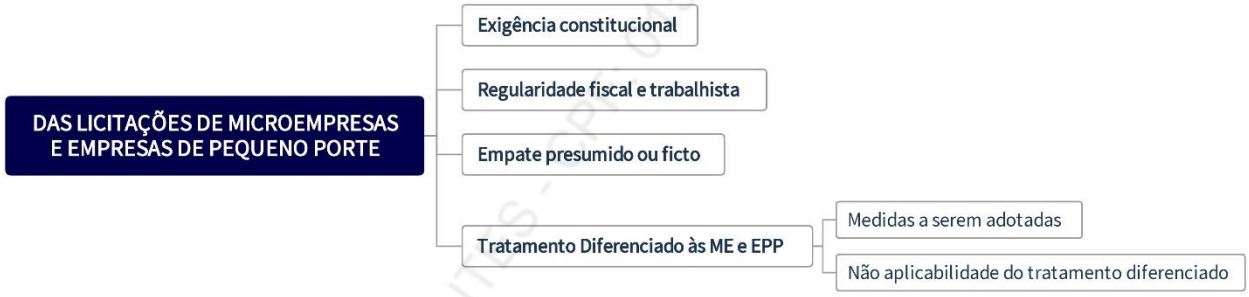
De acordo com o art. 184, aplicam-se as disposições da Lei n.º 14.133/21 no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.

No que tangem às licitações e contratações das empresas estatais, regidas pela Lei n.º 13.303/16, a Lei n.º 14.133/21 terá aplicação restrita na parte penal.

Por sua vez, no que tangem às concessões de serviço público, haverá aplicação subsidiária, tanto em relação à Lei n.º 8.987/95 – Lei Geral de Concessões –, quanto em relação à Lei n.º 11.079/04 – Lei das Parcerias Público-Privada

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8 DAS LICITAÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL

De acordo com a Constituição da República, a ordem jurídica deve realizar um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, conforme dispõe o art. 171, IX.

A exigência constitucional foi exteriorizada na Lei Complementar n.º 123/06. No tocante do às licitações das ME e EPP, devem ser observados os artigos 42 a 49 da LC n.º 123/06.

2. REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição, conforme art. 43 da LC 123/06.

Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

A não-regularização da documentação, no prazo descrito acima, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (a parte relativa a sanções contratuais está prevista no art. 155 e ss da Lei nº 14.133/2021), sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

3. EMPATE PRESUMIDO OU FICTO

Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Entende-se por empate – ficto ou presumido – aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

Na modalidade de pregão, o intervalo percentual será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preços.

Ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

> **I.** a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
> **II.** não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, serão convocadas as remanescentes na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
> **III.** no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos como empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Na hipótese da não-contratação de ME e EPP, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

4. TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME E EPP

4.1. Medidas a Serem Adotadas

Nas contratações públicas da Administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

No que diz respeito às compras públicas, 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.

Para que se efetive o tratamento diferenciado, a Administração Pública:

1) Deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Esse ponto merece atenção, em relação ao entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União. De acordo com o TCU[141]:

> A interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade.

Assim, caso um contrato tenha vigência de três anos, por exemplo, o valor total da contratação será de R$ 240.000,00. Por outro lado, se o contrato tiver vigência de seis meses, o valor total deverá ser de R$ 40.000,00. Isso se deve ao fato de o TCU ter exigido observar a proporcionalidade na contratação.

2) Poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

[141] TCU – Acórdão nº 1932/2016-Plenário. Grifo nosso.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3) Deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Os três benefícios acima poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

4.2. Não Aplicabilidade do Tratamento Diferenciado

De acordo com o art. 49, não se aplica o tratamento diferenciado às ME e EPP, quando:

1. Não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

2. O tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

3. A licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, observado o limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme redação expressa do art. 49, IV da LC 123/06.

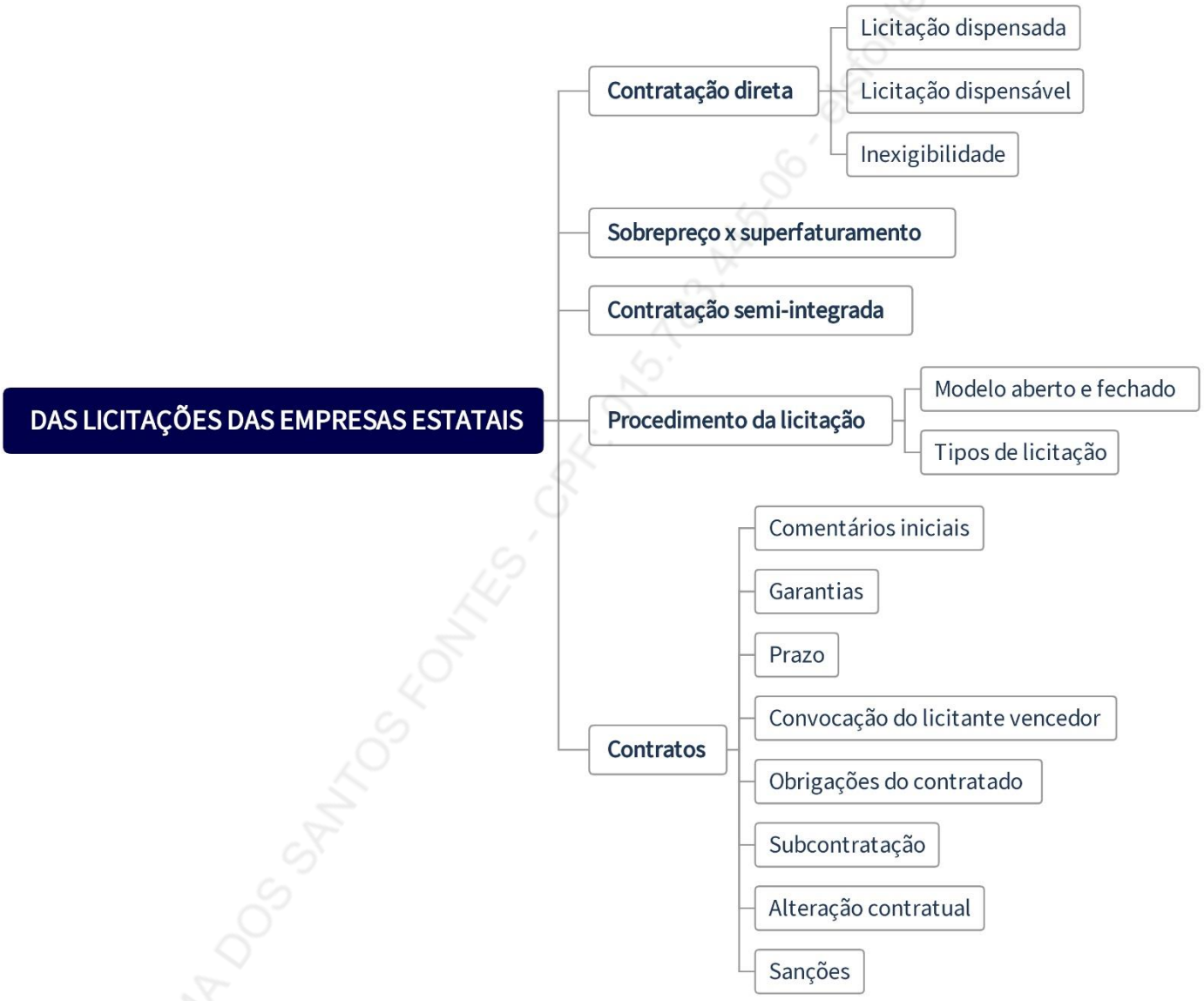
Atente-se que Aa Lei Complementar n.º 123/06 ainda trata das hipóteses de dispensa e inexigibilidade da legislação anterior. Para que fique correto, não haverá o tratamento diferenciado quando a licitação for dispensável ou inexigível nos termos dos artigos 74 e 75 da Lei n.º 14.133/21.

Ademais, a exceção prevista não será mais relacionada aos incisos I e II do art. 24. Na verdade, a exceção se referirá aos incisos I e II do art. 75.

Todavia, é preciso analisar o inciso II do art. 75. Por ele, é dispensável a licitação para contratação que envolva valores inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores. Dessa forma, somente será possível o tratamento diferenciado se o valor da licitação ficar no limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

9 DAS LICITAÇÕES DAS EMPRESAS ESTATAIS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. LICITAÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS

A Constituição da República estabelece, no art. 174, § 1º, III, redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre, entre outros pontos, licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Assim, a Carta Constitucional estabeleceu, em 1988, que as licitações e contratos das empresas estatais fossem regidas por uma legislação específica. Durante quase 20 anos após a alteração constitucional, o legislador brasileiro não editou a lei específica, de modo que às licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista aplicou-se a Lei n.º 8.666/93.

Todavia, em 2016, houve a edição da Lei n.º 13.303/16, trazendo um regramento específico para as contratações das estatais.

De acordo com o art. 1º, a Lei n.º 13.303/16 é aplicada a todas as empresas estatais, sejam elas exploradoras de atividade econômica, sejam prestadoras de serviço público.

Nesse capítulo, o objetivo é tratar os pontos mais relevantes da Lei, com foco nas licitações e contratos.

2. CONTRATAÇÃO DIRETA

De acordo com o art. 28 da Lei das Estatais, a regra para contratações dessas entidades é a realização de licitação. Segundo o dispositivo legal, os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses de contratação direta.

No que tangem aos comentários sobre conceitos e diferenças entre as modalidades de contratação direta previstas na Lei n.º 13.303/16, valem os mesmos estabelecidos pela Lei n.º 14.133/21.

2.1. Licitação Dispensada

São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas de realizar a licitação:

> **I.** comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
> **II.** nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Consideram-se oportunidades de negócio, a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Nesse sentido, o Enunciado 22 da I Jornada de Direito Administrativo do CJF:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> A participação de empresa estatal no capital de empresa privada que não integra a Administração Pública enquadra-se dentre as hipóteses de "oportunidades de negócio" prevista no art. 28, § 4º da Lei n.º 13.303/2016, devendo a decisão pela referida participação observar os ditames legais e os regulamentos editados pela empresa estatal a respeito desta possibilidade.

Importante também o Enunciado 30. Por ele, a "inviabilidade de procedimento competitivo" prevista no art. 28, § 3º, inc. II da Lei n.º 13.303/2016 não significa que, para a configuração de uma oportunidade de negócio, somente poderá haver apenas um interessado em estabelecer uma parceria com a empresa estatal. É possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo.

1.2. Licitação Dispensável

É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

> **I.** para obras e serviços de engenharia de valor até R$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
> **II.** para outros serviços e compras de valor até R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

Os valores estabelecidos nos itens I e II podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

> **III.** quando não acudirem interessados à licitação anterior e essa, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a empresa pública ou a sociedade de economia mista, bem como para suas respectivas subsidiárias, desde que mantidas as condições preestabelecidas;
> **IV.** quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;
> **V.** para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de suas finalidades precípuas, quando as necessidades de instalação e localização condicionarem a escolha do imóvel, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
> **VI.** na contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições do contrato encerrado por rescisão ou distrato, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, **para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação**, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

> **VII.** na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
> **VIII.** para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

IX. na contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X. na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

XI. nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

XII. na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda que tenham como ocupação econômica a coleta de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

XIII. para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pelo dirigente máximo da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

XIV. nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004 ,2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XV. em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º ;

Observação: não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante à improbidade administrativa.

XVI. na transferência de bens a órgãos e entidades da Administração Pública, inclusive quando efetivada mediante permuta;

XVII. na doação de bens móveis para fins e usos de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica relativamente à escolha de outra forma de alienação;

XVIII. na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

1.3. Inexigibilidade

Nos termos do art. 30 da Lei n.º 13.303/16, a contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

I aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Atente-se ao fato de que na Lei n.º 13.303/16 há apenas duas hipóteses expressas de inexigibilidade de licitação, diferente da Lei n.º 14.133/21, que prevê outras hipóteses expressas.

2. SOBREPREÇO X SUPERFATURAMENTO

Considera-se sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada.

Por outro lado, considera-se superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;

c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

3. CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA

A contratação semi-integrada consiste na contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

4. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

A Lei n.º 13.303/16 estabelece as seguintes fases para a licitação:

I – preparação;
II – divulgação;
III – apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
IV – julgamento;
V – verificação de efetividade dos lances ou propostas;
VI – negociação;
VII – habilitação;
VIII – interposição de recursos;
IX – adjudicação do objeto;
X – homologação do resultado ou revogação do procedimento.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nos termos do art. 61, a homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor.

A fase da habilitação poderá, excepcionalmente, anteceder a apresentação e ao julgamento das propostas, bem como a negociação, desde que expressamente prevista no instrumento convocatório.

Neste caso, a fase de recursos deixa de ser única, nos termos do art. 60.

4.1. Modelo Aberto e Fechado

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

Quando for adotado o modo de disputa aberto, poderão ser admitidos:

> **I.** a apresentação de lances intermediários;
> **II.** o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.

Por sua vez, consideram-se intermediários os lances:

1) iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta;

2) iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas.

4.2. Tipos de Licitação

Nos termos do art. 54 da Lei n.º 13.303/16, são tipos de licitação:

> **I** – menor preço;
> **II –** maior desconto;

Observação 1: terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, estendendo-se o desconto oferecido nas propostas ou lances vencedores a eventuais termos aditivos;

Observação 2: no caso de obras e serviços de engenharia, o desconto incidirá de forma linear sobre a totalidade dos itens constantes do orçamento estimado, que deverá obrigatoriamente integrar o instrumento convocatório.

> **III –** melhor combinação de técnica e preço;

Observação: a avaliação das propostas técnicas e de preço considerará o percentual de ponderação mais relevante, limitado a 70% (setenta por cento).

> **IV –** melhor técnica;
> **V** – melhor conteúdo artístico;
> **VI** – maior oferta de preço;
> **VII** – maior retorno econômico;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observação: os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada.

VIII – melhor destinação de bens alienados.

5. CONTRATOS

5.1. Comentários Iniciais

Os contratos celebrados pelas empresas estatais regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto na lei e pelos preceitos de direito privado.

Nesse sentido, o Enunciado 17 do CJF estabelece que os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei n.º 13.303/16, não possuem aplicação subsidiária da Lei n.º 8.666/93. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela lei e as regras e os princípios de direito privado.

5.2. Garantias

Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras, de modo que caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I. caução em dinheiro;
II. seguro-garantia;
III. fiança bancária.

A garantia excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições nele estabelecidas.

Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, devendo ser atualizada monetariamente na hipótese da caução em dinheiro.

5.3. Prazo

A duração dos contratos não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I. para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
II. nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

É vedado o contrato por prazo indeterminado.

5.4. Convocação do Licitante Vencedor

Nos termos do art. 76, a empresa pública e a sociedade de economia mista convocarão o licitante vencedor ou o destinatário de contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação para assinar o termo

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de contrato, observados o prazo e as condições estabelecidas, sob pena de decadência do direito à contratação.

O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período.

Ademais, é facultado à empresa pública ou à sociedade de economia mista, quando o convocado não assinar o termo de contrato no prazo e nas condições estabelecidos:

> **I.** convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o instrumento convocatório;
> **II.** revogar a licitação.

5.5. Obrigações do Contratado

Nos termos do art. 77, o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

Ademais, de acordo com art. 78, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Por fim, a inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

5.6. Subcontratação

O art. 78 da Lei n.º 13.303/16 permite que o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, subcontrate partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame.

Ademais, Aa empresa subcontratada deverá atender, em relação ao objeto da subcontratação, àsas exigências de qualificação técnica impostas ao licitante vencedor.

Atente-se que é vedada a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

I. do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

II. direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

Por fim, as empresas de prestação de serviços técnicos especializados deverão garantir que os integrantes de seu corpo técnico executem pessoal e diretamente as obrigações a eles imputadas, quando a respectiva relação for apresentada em procedimento licitatório ou em contratação direta.

5.7. Alteração Contratual

Nos termos do art. 73, os contratos regidos somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Assim, percebe-se que não é possível ocorrer as chamadas alterações unilaterais nos contratos celebrados pelas empresas estatais.

É possível a alteração dos contratos, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

> **I.** quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
> **II.** quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
> **III.** quando conveniente a substituição da garantia de execução;
> **IV.** quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
> **V.** quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
> **VI.** para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O contratado **poderá** aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder aos limites acima, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos acima.

No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

A criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato e as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento.

É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

5.8. Sanções

5.8.1. Multa de mora

De acordo com art. 83, os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

A multa de mora não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas na Lei, de modo que será aplicada após regular processo administrativo, e será descontada da garantia do respectivo contratado.

Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

5.8.2. Sanções por Inexecução Contratual

Conforme dispõe o art. 84, pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

> **I.** advertência;
> **II.** multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
> **III.** suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

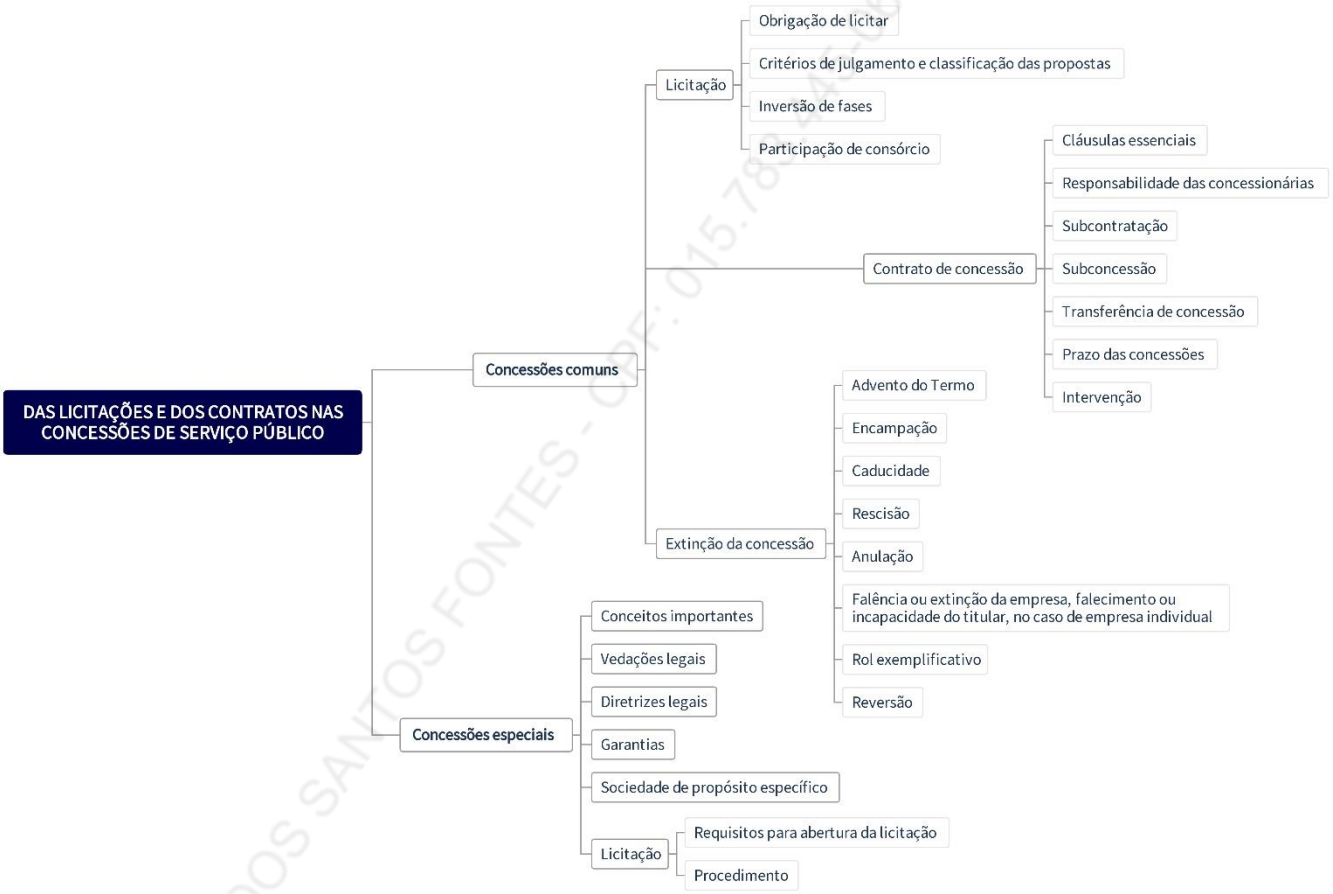
As sanções previstas nos itens I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a multa, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Por fim, nos termos do art. 85, suspensão temporária e o impedimento de contratar são sanções previstas no inciso III do art. 84, que poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que:

> **I.** tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
> **II.** tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
> **III.** demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

10 DAS LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCESSÕES COMUNS

A Lei n.º 8.987/95 consiste na Lei Geral de Serviços Públicos. Por ela, são regulamentadas as concessões e permissões doe serviço público.

De acordo com a Lei n.º 8.987/95, a concessão comum divide-se em: 1) concessão de serviço público e 2) concessão de serviço público precedida de obra pública.

A concessão de serviço público, de acordo com o art. 2º, II da Lei n.º 8.987/95, é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente[142], mediante licitação, na modalidade **concorrência** ou **diálogo competitivo**, à **pessoa jurídica** ou **consórcio de empresas** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.;

Observa-se que o Estado delega o serviço público ao particular, mas mantém consigo o poder de fiscalização. Além disso, na concessão simples, a remuneração das Concessionárias ocorrerá com a utilização do serviço pelos usuários.

Por sua vez, nos termos do art. 2º, III, da mesma lei, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Observe que nesta hipótese, há uma duplicidade de objetos na relação contratual. O primeiro deles é a execução de obra pública. O Poder Concedente delega ao Concessionário a realização de uma obra pública. O segundo objeto é transferência para o Concessionário da exploração dessa obra. Em outras palavras, há a transferência do serviço público de exploração da obra pública, de modo que àqueles que usufruírem dessa obra realizem o pagamento da tarifa.

Apesar da Lei Federal n.º 8.987/95 definir que qualquer concessão será executada **por "conta e risco do concessionário"**, e de boa parte da doutrina entender que ao executar o serviço, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento, esse entendimento não converge com o Direito Administrativo mais atual e com as boas práticas nos contratos de concessão.

Dessa forma, a melhor interpretação do termo "por sua conta e risco" não pode importar em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento, uma vez que todo risco é precificado na proposta de qualquer licitante.

Se o Poder Concedente alocar todos os riscos da concessão sob a responsabilidade do Concessionário, eles serão considerados, dentre outras situações, para o cálculo da tarifa, aumentando-a, ou para o cálculo do valor da outorga, diminuindo-a, a ser ofertada, o que na prática acabará sendo desfavorável ao próprio interesse público e ao sucesso do empreendimento.

[142] Nos termos do art. 2º, I da Lei nº 8.987/95, o poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Portanto, a melhor interpretação do termo **"por sua conta e risco"** importa na transferência ao concessionário dos riscos de acordo com o que foi estabelecido no contrato.

Por fim, atente-se que o objetivo desse capítulo é tratar acerca das licitações e contratos acerca dessas contratações.

1.1. Licitação

1.1.1. Obrigação de licitar

De acordo com art. 14 da Lei n.º 8.987/95, toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

1.1.2. Critérios de julgamento e classificação das propostas

O art. 15 estabelece que no julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

> **I** – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
> **II** – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
> **III –** a combinação, dois a dois, do menor valor de tarifa ou maior outorga;
> **IV** – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
> **V –** melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
> **VI** – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
> **VII** – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

A aplicação da combinação do menor valor de tarifa e maior outorga só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

Para fins de aplicação dos critérios de 1) melhor proposta técnica; 2) melhor proposta pela combinação de menor tarifa e melhor técnica; 3) melhor proposta pela combinação de maior outorga e melhor técnica; e 4) melhor outorga, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

Considerar-se-á também desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

1.1.3. Inversão de fases

O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

> **I** – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
> **II** – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
> **III** – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
> **IV** – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

1.1.4. Participação de consórcio

De acordo com art. 19, quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão aas seguintes normas:

> **I** – comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;
> **II** – indicação da empresa responsável pelo consórcio;
> **III** – apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;
> **IV** – impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

1.2. Contrato de Concessão

1.2.1. Cláusulas essenciais

De acordo com art. 23, são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

> **I –** ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
> **II –** ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
> **III –** aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
> **IV** – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
> **V –** aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
> **VI** – aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
> **VII** – à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
> **VIII** – às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
> **IX** – aos casos de extinção da concessão;
> **X** – aos bens reversíveis;
> **XI** – aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
> **XII** – às condições para prorrogação do contrato;
> **XIII –** à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
> **XIV** – à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
> **XV –** ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Especificamente, os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

> **I** – estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
> **II** – exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Salienta-se, por fim, que, pelo art. 23-A, o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

1.2.2. Responsabilidade das Concessionárias

De acordo com o art. 25 da Lei n.º 8.987/95, incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Frisa-se, portanto, que a responsabilidade da concessionária é primária e integral. Por sua vez, a responsabilidade do poder concedente será somente de forma subsidiária, caso o concessionário não dispuser de meio para reparar os prejuízos causados.

De acordo com o art. 37, § 6º da CR/88, a responsabilidade da concessionária será objetiva, afinal, é uma pessoa jurídica prestadora de serviço público. Ademais, o poder concedente também terá uma responsabilidade objetiva, por ser uma pessoa jurídica de direito público, mas de forma subsidiária.

1.2.3. Subcontratação

De acordo com o art. 25, § 1º da Lei n.º 8.8987/95, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ademais, os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, nos termos do art. 25, § 2º da mesma lei.

A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido, como previsto no art. 25, § 3º da lei de concessões.

1.2.4. Subconcessão

De acordo com o art. 26, é possível que a concessionária realize uma subconcessão. Para isso, haverá necessidade de previsão no contrato de concessão e expressa autorização do poder concedente.

A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência, como afirma o art. 26, § 1º.

O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão, nos termos do art. 26, § 2º.

1.2.5. Transferência da Concessão

A transferência da concessão, bem como do controle societário da concessionária, necessitará, para acontecer, de prévia anuência do poder concedente. Caso não haja essa anuência, o art. 27 da Lei n.º 8.987/95 estabelece que ocorrerá a caducidade do contrato de concessão.

Para que haja a anuência do poder concedente, o pretendente deverá 1) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e 2) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Registre-se que houve questionamento acerca da constitucionalidade do art. 27 acima mencionado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2496, firmou entendimento de que:

“é constitucional a transferência da concessão e do controle societário das concessionárias de serviços públicos, mediante anuência do poder concedente (Lei 8.987/1995, art. 27)

1.2.6. Prazo das Concessões

As concessões somente podem ser delegadas ao particular por prazo determinado, como prevê o art. 2º, II e III da Lei n.º 8.987/95.

Atente-se para o fato da Lei n.º 8.987/95 não estipular o prazo de duração desse contrato. O poder concedente deve observar a natureza do serviço concedido para fixar o prazo de duração.

Ainda, nos termos do art. 23, XII da Lei n.º 8.987/95, o contrato de concessão pode ser prorrogado, configurando essa cláusula como cláusula essencial do contrato.

1.2.7. Intervenção

Trata-se de mero procedimento acautelatório, sem quebra da continuidade do serviço. Observe que a intervenção não possui natureza de sanção, razão pela qual a sua decretação, desde logo, não exige contraditório e ampla defesa. É no decorrer do processo administrativo que esses princípios serão observados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de 30 dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa e contraditório, conforme estabelece o art. 5º, LV da CR/88. O desrespeito a estes mandamentos constitucionais fere o devido processo legal, nos termos do art. 5º LIV da CR/88.

O procedimento administrativo deverá ser concluído no prazo de até 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Se ficar comprovado que a intervenção não observou aos pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

1.3. Extinção da Concessão

1.3.1. Advento do Termo

Esta é a forma natural de extinção de um contrato de concessão de serviço público, prevista no art. 35, I da Lei de Concessões. Observe que os efeitos dessa extinção são ex nunc. Dessa forma, somente após o termo final é que haverá a reversão à concedente, bem como o concessionário se desvincula de suas obrigações contratuais e legais[143].

Importante observar o art. 36 que dispõe que a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Em relação a esta situação, necessário faz-se pontuar que a extinção pelo advento do termo não está condicionada ao pagamento da indenização. Esta situação será discutida *a posteriori*[144].

1.3.2. Encampação

Considera-se encampação, nos termos do art. 37, a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento de indenização.

[143] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 406.

[144] STJ – Resp 1.059.137-SC. Rel. Min. Francisco Falcão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1.3.3. Caducidade

A inexecução[145] total ou parcial do contrato acarretará a declaração de caducidade da concessão. Ainda, de acordo com o art. 27 da Lei de Concessões, a caducidade também ocorrerá quando houver a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia autorização do poder concedente.

A declaração da caducidade da concessão, de acordo com o art. 38, § 2º, deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa e contraditório, nos termos do art. 5º, LV e LIV da CR/88. Dessa forma, não ocorrendo o procedimento administrativo, haverá violação ao devido processo legal.

Contudo, enfatiza-se que precederá à instauração do processo administrativo de inadimplência, um comunicado à concessionária, detalhando os descumprimentos contratuais, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais. Somente após abrir essa possibilidade ao concessionário é que o procedimento administrativo será instaurado, conforme previsto no art. 38, § 3º da Lei de Concessões.

Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, nos termos do art. 38, § 4º da Lei de Concessões.

Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária, de acordo com o art. 38, § 6º da Lei n.º 8.987/95.

1.3.4. Rescisão

A rescisão, prevista no art. 39 da Lei de Concessões, poderá ser feita pelo concessionário, caso haja o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente. Observe que o concessionário necessitará ajuizar uma ação judicial para esse fim.

---

[145] De acordo com o legislado no art. 38, § 1º da Lei nº 8.987/95, várias são as formas de inadimplemento do concessionário. Veja: § 1º: A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I – o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II – a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III – a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV – a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V – a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI – a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII – a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ademais, mesmo após a propositura da ação judicial o serviço prestado pela concessionária não poderá ser paralisado até que haja uma decisão transitada em julgado. Dessa forma, não há aplicação da exceção do contrato não cumprido[146].

1.3.5. Anulação

A anulação, por óbvio, será declarada quando o contrato firmado ou o procedimento licitatório possuírem vícios de legalidade.

1.3.6. Falência ou extinção da empresa, falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual

Trata-se de uma hipótese de extinção do contrato de concessão em razão dos contratos administrativos serem personalíssimos. Na Lei n.º 8.987/95, não há qualquer disciplina sobre o tema.

Ademais, Aa Lei n.º 11.101/05, que trata da falência e da recuperação das empresas, estabelece no art. 195 que a decretação da falência das concessionárias implica a extinção da concessão.

1.3.7. Rol exemplificativo

Atente-se que o rol das hipóteses de extinção previsto no art. 35 da Lei n.º 8.987/95 é meramente exemplificativo.

Assim, percebe-se que a legislação federal de serviços públicos não estabeleceu, de maneira expressa, por exemplo, a rescisão amigável como uma das hipóteses de extinção dos contratos de concessão de serviço público. Porém, não se deve concluir que a rescisão amigável, nos contratos de concessão de serviço público, consista em hipótese vedada no ordenamento jurídico nacional.

Na verdade, ao contrário, trata-se de espécie possível nos contratos de concessão de serviço público. A resolução administrativa de conflitos, nos dias atuais, é medida bem-vinda e fomentada na prática administrativa. Tanto é que o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.140/2015) regulamentou em seu artigo 174[147] a solução consensual de conflitos.

Ademais, a extinção amigável de um contrato, por mútuo entendimento das partes, é inerente a qualquer relação contratual, o que torna essa modalidade de extinção perfeitamente admissível independentemente de previsão legal expressa, dada a natureza consensual do contrato de concessão.

Não é demais relembrar que o contrato de concessão consubstancia acordo típico e bilateral, formalizado entre o poder concedente e a empresa concessionária. Portanto, não há como negar a

[146] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 789.

[147] Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

possibilidade de uma extinção contratual pela mesma forma como foi pactuado o ajuste, isto é, pelo acordo entre as partes.

Cabe ainda ressaltar que, nos termos do artigo 186 da Lei n.º 14.133/21, deve ser aplicado o mencionado diploma, de maneira subsidiária, aos contratos de serviço público, sejam eles editados sob a regência da Lei n.º 8.987/95 ou da Lei n.º 11.079/04. Nesse sentido, é possível concluir pela aplicação do artigo 137, inciso II da Lei Geral de Licitações e Contratos aos contratos de serviço público.

Segundo o art. 138, II da Lei n.º 14.133/21, a extinção dos contratos poderá ocorrer de maneira consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

No mesmo sentido da possibilidade do distrato nos contratos de concessão está a doutrina. De acordo com Marçal Justen Filho[148], "pode-se cogitar o desfazimento da concessão, por ato bilateral e consensual. **O distrato deve retratar conveniência para o interesse público**" (grifamos)."

Alexandre Santos do Aragão também afirma que o rol do artigo 35 da Lei n.º 8.987/95 é meramente exemplificativo, de modo que a rescisão bilateral é hipótese cabível para o desfazimento contratual. De acordo com o autor[149],

> O art. 35 da Lei 8.987/95 enumera as hipóteses de extinção da concessão, cujas disciplinas específicas constam dos arts. 36 a 39. Prima facie, podemos constatar que esse rol certamente contempla as formas mais relevantes de extinção das concessões, não sendo, contudo, excludentes da admissibilidade de outras hipóteses da teoria geral dos contratos, perfeitamente admissíveis no direito público, como o distrato, a perda do objeto contratual, a força maior que inviabilize a execução do contrato mesmo que reequilibrado econômico-financeiramente. [Grifamos.]

Na mesma linha também se encontra a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, no ACÓRDÃO N.º 2.275/2009, TCU – Plenário – que entendeu possível a rescisão amigável dos contratos de concessão.

Assim, é de se observar que a rescisão amigável deve ser devidamente justificada com base no interesse público. O que se quer dizer é que, caso o contrato de concessão de serviço público não seja mais convergente ao interesse público, as partes poderão, de maneira bilateral, extinguir o contrato.

1.3.8. Reversão

A reversão, de acordo com Carvalho Filho, "é a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente em virtude da extinção do contrato" .

O fundamento da reversão é o **princípio da continuidade dos serviços públicos**, já que os bens, necessários à prestação do serviço, deverão ser utilizados pelo Poder Concedente, após o fim do término do prazo de concessão, sob pena de interrupção da prestação do serviço.

[148] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética. 2003, p. 616.

[149] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.444.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A reversão está prevista no art. 35, § 1º da Lei de Concessões que estabelece que extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato[150].

A reversão pode ser onerosa ou gratuita. Aquela acontecerá quando o poder concedente tiver o dever de indenizar o concessionário, uma vez que este adquiriu os bens com seu exclusivo capital. Por sua vez, a reversão será gratuita quando a tarifa já tiver levado em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos que empregou na aquisição dos bens, nos termos do art. 36 da Lei n.º 8.987/95.

2. CONCESSÕES ESPECIAIS

2.1. Conceitos Importantes

A Parceria Público-Privada é regulada pela Lei n.º 11.079/04, que tem aplicabilidade aos órgãos da Administração Pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Observe-se, portanto, que há uma exclusão expressa da celebração das PPP's no âmbito do Poder Judiciário.

De acordo com o art. 2º da Lei n.º 11.079/04, considera-se parceria público-privada o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A PPP patrocinada, nos termos do § 1º do mesmo artigo legal, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º o 8.987n.º 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Ante ao conceito legal, explicita-se que que a PPP patrocinada é a concessão comum, prevista na Lei n.º 8.987/95, a qual é adicionada a contraprestação pecuniária do parceiro público. Observe que, de acordo com o art. 2º, § 3º da Lei n.º 11.079/04, não será PPP patrocinada, quando não houver a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Ademais, de acordo com o art. 7º, a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Dessa forma, o pagamento feito pela Administração não pode ocorrer antes da disponibilização do serviço, sob pena de ilegalidade da medida.

A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;
II – cessão de créditos não tributários;
III – outorga de direitos em face da Administração Pública;
IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
V – outros meios admitidos em lei.

[150] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 411.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Pode-se dar como exemplos de concessões patrocinadas, a concessão de uma linha de metrô e de um estacionamento.

Por sua vez, a PPP administrativa consiste no 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.

Observe que essa PPP administrativa residirá em áreas como a segurança pública, habitação e saneamento básico. Dessa forma, pode-se dar como exemplo a concessão para remoção de lixo, bem como a construção e gerenciamento de presídios.

ATENÇÃO

O art. 6º, § 2º da Lei n.º 11.079/04 estabelece que o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que haja autorização no edital de licitação.

Atente-se que esses aportes, na prática, permitiriam reduzir os custos financeiros do projeto. Há uma combinação mais adequada entre os recursos públicos e privados.

2.2. Vedações Legais

Importante artigo da Lei n.º 11.079/04 é o art. 2, § 4º, o qual estabelece ser vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

> **I –** cujo valor do contrato seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
> **II –** cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
> **III –** que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Dessa forma, faz-se importante observar que o valor mínimo de uma PPP é R$ 10 milhões. A duração do contrato deve ser de 5 a 35 anos, incluindo eventual prorrogação, nos termos do art. 5º, I da Lei de PPPs.

Ademais, não pode haver uma PPP que tenha como objeto único o fornecimento de mão -de -obra e de instalação de equipamentos, bem como não pode haver uma PPP cujo objeto seja uma execução de obra pública.

2.3. Diretrizes Legais

As diretrizes para uma PPP estão previstas no art. 4º da Lei n.º 11.079/04, que assim estabelece:

> **Art. 4º.** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> **I –** eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
> **II –** respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
> **III –** indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
> **IV –** responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
> **V –** transparência dos procedimentos e das decisões;
> **VI** – repartição objetiva de riscos entre as partes;
> **VII** – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Algumas dessas diretrizes merecem comentários mais detalhados.

Observe o previsto no inciso VI do referido artigo. Ele estabelece o compartilhamento dos riscos. O que a lei propôs é que o parceiro público se solidarize com o parceiro privado, em eventual prejuízo, mesmo que decorrido de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica, conforme o art. 5º, III.

Atente-se também para o inciso III, que estabelece a indelegabilidade das funções exclusivas de Estado, como a função jurisdicional e o exercício do poder de polícia. Tais atividades não podem ser delegadas ao particular.

Ademais, perceba-se o Enunciado 34 do CJF, da I Jornada do CJF, estabelece que, nos contratos de concessão e PPP, o reajuste contratual para reposição do valor da moeda no tempo é automático e deve ser aplicado independentemente de alegações do Poder Público sobre descumprimentos contratuais ou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, os quais devem ser apurados em processos administrativos próprios para este fim, nos quais garantir-se-ão ao parceiro privado os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

2.4. Garantias

De e acordo com o art. 8o da Lei n.º 11.079/04, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

> **I** – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
> **II** – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
> **III** – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
> **IV** – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
> **V** – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
> **VI** – outros mecanismos admitidos em lei.

2.5. Sociedade de Propósito Específico

De acordo com o art. 9º da Lei das PPP's, antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. A SPE é uma pessoa jurídica de direito privado.

Dessa forma, o licitante vencedor deverá instituir essa sociedade de propósito específico, a qual irá assinar o contrato das PPP's com o Poder Concedente.

A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

No caso de transferência do controle da sociedade de propósito específico, esta situação estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato. Além disso, deve observar o estabelecido no art. 27, parágrafo único da Lei n.º 8.987/95, que estabelece requisitos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, que habilitem à execução do contrato.

Por fim, fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante dessas sociedades.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2.6. Licitação

2.6.1. Requisitos para abertura da licitação

De acordo com o art. 10, a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação nas modalidades concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

> **I –** autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
> **a)** a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
> **b)** que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
> **c)** quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

A comprovação referida nas alíneas b e c do item I conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

> **II –** elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
> **III –** declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
> **IV** – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
> **V** – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
> **VI** – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e
> **VII** – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os itens I a IV acima.

As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

2.6.2. Procedimento

a) Edital

De acordo com art. 11, o instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

> **I –** exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

Explicita-se que, embora a Lei n.º 11.079/04 remeta à legislação anterior, a correspondência correta consiste no art. 58, § 1º da Lei n.º 14.133/21, de modo que o valor da garantia será de 1% do valor estimado da contratação. Trata-se, na verdade, do mesmo valor exigido anteriormente.

> **II –** 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, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

b) Julgamento e Classificação das propostas

De acordo com art. 12, o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

> **I** – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;
> **II** – o julgamento poderá adotar como critérios, os seguintes:
> **a)** o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
> **b)** a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
> **c)** a combinação, dois a dois, dos critérios menor tarifa e maior outorga;
> **d)** melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
> **e)** menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
> **f)** melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;
> **III** – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:
> **a)** propostas escritas em envelopes lacrados; ou
> **b)** propostas escritas, seguidas de lances em viva voz.

No que tangem aos lances em viva voz, deve-se observar as seguintes situações:

I. os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II. o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **IV** – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

c) Inversão de fases

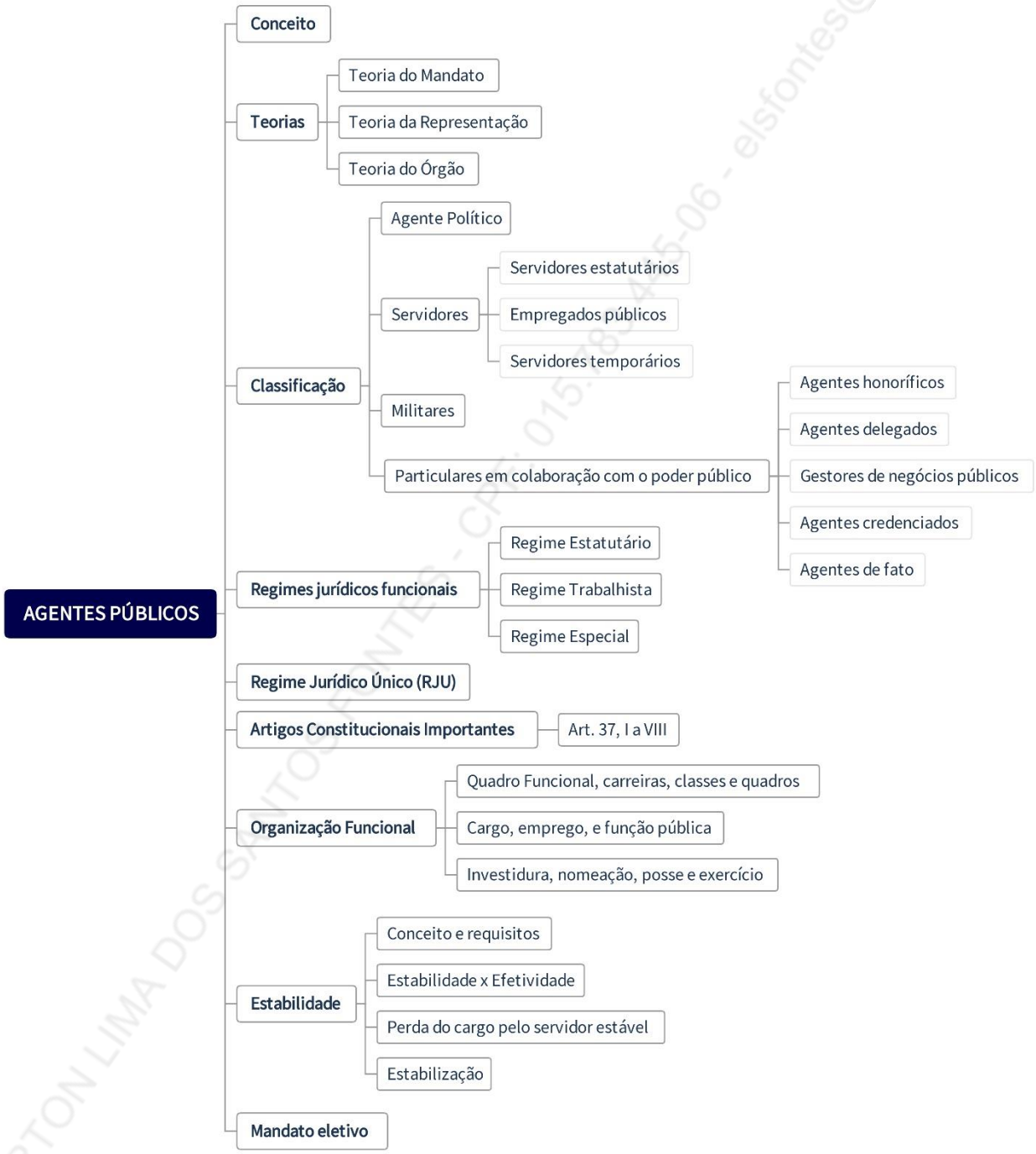
O art. 13 estabelece que o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

> **I** – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
> **II** – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
> **III** – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
> **IV** – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

11

AGENTES PÚBLICOS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO

Agente público é a expressão mais ampla, utilizada para se referir a toda pessoa física vinculada, definitiva ou transitoriamente, com ou sem remuneração, ao exercício de uma função pública.

Salienta-se que agente público é uma pessoa física, portanto, exclui as pessoas jurídicas[151].

2. TEORIAS

2.1. Teoria do Mandato

De acordo com esta teoria, o agente público seria um mandatário do Estado, ou seja, exerceria suas funções por meio de um mandado. Essa teoria possui dois graves erros:

O mandato pressupõe duas vontades independentes, uma do mandante outra do mandatário. Isso não ocorre com o agente público e o Estado;

O mandante não responde pelos atos praticados pelo mandatário que exceda o mandato. Essa situação também não ocorre no âmbito do poder público, uma vez que o Estado será responsável pelos danos causados pelos agentes ao terceiro.

2.2. Teoria da Representação

Para esta teoria, o agente púbico seria um representante do Estado. Contudo, essa teoria também possui dois erros:

Os atos praticados pelo representante, que ultrapassarem a representação, não repercutem no patrimônio do representado. Isso não ocorre no âmbito do Estado, uma vez que será responsável pelos atos praticados pelo agente que exceder à sua competência;

A representação é um instituto aplicável aos incapazes. O Estado não é incapaz.

2.3. Teoria do Órgão

Esta é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo esta teoria, o agente ocupa um órgão que integra um organismo maior. O agente público faz parte do Estado, ele PRESENTA o Estado. Dessa forma, onde estiver presente o agente, estará presente o Estado.

De acordo com essa teoria, "a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui a ideia de representação pela de imputação."[152]

3. CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

[151] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed., rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 871.

[152] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.. P.374.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.1. Agente Político

Em relação a conceituação de agente político, a doutrina não é uniforme.

Para Hely Lopes Meirelles (2003),

> Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.

Percebe-se que o referido autor adota um conceito mais amplo para agentes políticos. Além dos chefes do Poder Executivo, dos seus auxiliares direitos e dos parlamentares, o autor inclui nessa categoria os membros do Ministério Público e os magistrados.

Diferentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello possui um conceito mais restrito quanto aos agentes políticos.

Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.

Esta última conceituação parece mais acertada.

Dessa forma, a doutrina costuma elencar as seguintes características para os agentes políticos:

1) Investidura no cargo por eleição ou nomeação por agentes eleitos;

2) Caráter transitório na função pública exercida;

3) Decisões políticas relacionadas, essencialmente, a alocação de recursos orçamentários e elaboração de políticas públicas.

Aplica-se aos agentes políticos a súmula vinculante n.º 13 do STF, que veda o nepotismo? De acordo com o Supremo Tribunal Federal, esta súmula não se aplica aos cargos de nomeação política, como Secretários municipais e estudais, além de Ministros de Estado, em virtude desses cargos possuírem natureza eminentemente política.[153]

Contudo, o próprio STF entende que incide o conteúdo da Súmula para nomeação de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas.[154]

1. Passada essa análise, tem-se que não se exige lei formal para o tratamento do nepotismo. Isso significa dizer que a vedação ao nepotismo decorre diretamente da Constituição pelos princípios do art. 37, caput. Não é necessário, portanto, uma lei formal que vede o nepotismo nos entes federados, uma vez que a vedação decorre da própria Constituição.

[153] STF, Reclamação 6650-MC-Agr/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. (informativo nº524, out. 2008).

[154] STF. Rcl. 6702-AgR-MC/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

2. Embora não seja necessária a existência de uma lei tratando do nepotismo, pode-se ter. No entanto, tais leis não são de iniciativa privativa do chefe do Executivo.

3. Outro ponto diz respeito à lei estadual que não pode reduzir o âmbito de incidência do nepotismo. A Súmula Vinculante n.º 13 e a própria Lei nº 8.429/92 tratam do assunto do nepotismo. Nesse sentido, uma lei estadual não pode reduzir a abrangência do nepotismo e das conceituações trazidas pela súmula e lei citadas. Uma lei que determina, por exemplo, que se pode nomear um parente de terceiro grau, seria inconstitucional.

4. No que diz respeito ao cargo efetivo, tem-se que este não está abarcado por nepotismo pela razão óbvia de que o provimento desses cargos se dá por concurso. Assim, se o filho do presidente do tribunal passa no concurso (seja de analista, de técnico ou de juiz), não há nepotismo, tendo em vista a existência de processo seletivo por concurso público.

5. O ponto mais relevante acerca do nepotismo está na **aplicação da súmula vinculante nº 13 aos agentes políticos**. Pergunta-se se na nomeação de ministro e de secretário de Estado, por exemplo, há aplicação da súmula vinculante n.º 13.

O STF tem afastado a aplicação da súmula vinculante nº 13 a cargos públicos de natureza política. No entanto, há exceções:

1ª. Ausência de qualificação técnica: no caso, por exemplo, do governador nomear como Secretário de Transportes o seu irmão médico que não entende de transportes. Não há qualquer conhecimento técnico no assunto;

2ª. Casos de inidoneidade moral: nomeia um parente para dar foro por prerrogativa de função e, assim, foge do juiz de primeiro grau.

Em ambos os casos o STF entende existir **falta de razoabilidade.**

6. O STF entende que **a súmula vinculante n.º 13 não esgota a temática do nepotismo**, de forma que atos normativos internos de órgãos e de poderes podem regulamentar a matéria.

7. Além do exposto, tem-se que há necessidade de influência da autoridade nomeante sob a autoridade nomeada, não bastando o parentesco. O servidor nomeado, além do parentesco, deve estar sob a influência do servidor nomeante.

8. Por fim, o art. 11, XI c/c art. 11, § 5º, ambos da Lei n.º 8.429/92: a simples nomeação de parente para cargos públicos **não configura improbidade**, somente nepotismo:

Art. 11. .....

§5º: Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

O § 5º estabelece a necessidade do dolo específico, ou seja, uma vontade de produzir o resultado ilícito. A simples nomeação não configura improbidade, devendo existir o dolo/a vontade de se alcançar o resultado ilícito.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Servidores Públicos

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), "são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos".

Percebe-se que essa expressão é espécie de agentes públicos, mas é gênero em relação às categorias abaixo:

3.2.1. Servidores Estatutários

São pessoas físicas ocupantes de cargo público, contratadas sob o regime estatutário.

Art. 37, V, CF 88:

- Cargo
  - Efetivo → Função de Confiança
  - Comissão
    - Recrutamento Amplo
    - Recrutamento Estrito (Carreira)

Em recrutamento amplo: o servidor vem de fora da administração; a Constituição se refere a esse servidor como aquele que "servidor titular de cargo exclusivamente em comissão"; o indivíduo vem de fora, sem qualquer vínculo com a administração, e passa a ter tal cargo comissionado.

Em recrutamento estrito: o servidor já é titular de cargo efetivo e passa a ocupar um cargo em comissão.

Esses servidores possuem o regime estatutário, aquele estabelecido em uma lei de cada ente federado. Por exemplo, o estatuto da União é a Lei nº 8.112/90. De acordo com José Santos Carvalho Filho, "servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos."[155]

Quando nomeados, os servidores estatutários adentram em uma situação jurídica previamente definida, isto é, não há a possibilidade de alteração das normas aplicadas por meio de contrato, mesmo que haja concordância do servidor e da administração pública. Em outras palavras, as normas a eles aplicadas são normas de ordem pública, cogentes (obrigatórias), não podendo ser derrogadas pelas partes.

Os servidores estatutários poderão[156] ser encontrados nos entes federados (União, Estado, DF e Município), bem como nas autarquias e fundações desses entes.

[155] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.597

[156] Atente para a expressão "poderão", afinal, a depender do regime jurídico adotado pelo ente federado, o que se encontrará será empregado público. A União e os Estados adotaram o Regime Jurídico Estatutário. Contudo, existem municípios que adotaram o regime jurídico do contrato de trabalho. Portanto, não haverá servidores estatutário, mas sim, empregados públicos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2.2. Empregados Públicos

São pessoas físicas ocupantes de emprego público contratadas sob o regime celetista, "assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho".[157]

Percebe-se, portanto, que as regras aplicáveis a esses servidores são as mesmas que são aplicadas aos empregados da iniciativa privada, salvo as regras necessariamente aplicadas pelo Poder Público. Desta situação, pode-se exemplificar o concurso público, nos termos do art. 37, II da CR/88.

3.2.3. Servidores Temporário

A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à **necessidade temporária de excepcional interesse público**, conforme estabelece o art. 37, IX da CR/88.

Esses servidores exercem função pública, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Observe que tais servidores são contratados para exercerem funções temporárias, por meio de um regime jurídico especial disciplinado em lei de cada ente federado.

Da leitura do texto constitucional, extrai-se o caráter de excepcionalidade de tais agentes públicos. Importante observar que o STJ expressamente admitiu a contratação temporária de servidor por excepcional interesse público, para a atividades de caráter permanente.[158]

De acordo com o STF, na tese de repercussão geral fixada no RE 1066677, os servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo:

1) Expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou

2) Comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do STF no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da CF não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS[159].

O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: **a)** os casos excepcionais estejam previstos em lei; **b)** o prazo de contratação seja predeterminado; **c)** a necessidade seja temporária; **d)** o interesse público seja excepcional; **e)** a necessidade de contratação seja

[157] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.598

[158] STJ. MS 20.335-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 22/4/2015, DJe 29/4/2015.

[159] [RE 765.320 RG, rel. min. Teori Zavascki, j. 15-9-2016, P, DJE de 23-9-2016, Tema 916.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração[160].

3.3. Militares

Os militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas, isto é, à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica, além daqueles que prestam serviços às polícias militares e corpos de bombeiro dos estados. Estes são os chamados militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Observação: 1) Art. 42 da CR/88 - Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Importante observar que a Constituição estendeu aos Militares estaduais o direito de seus tempos de contribuição federal, estadual ou municipal ser contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

> **Art. 142, §3º da CR/88.**
> - Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:
> **II -** O militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei;
> (...)
> **IV -** Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

Aplicam-se ao Militar as regras do teto remuneratório;

Aplica-se também a vedação a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

Ademais, aplica-se a regra constitucional que afirma que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.

3.4. Particulares em Colaboração com o Poder Público

Agentes honoríficos: são aqueles que exercem **função pública relevante (múnus público)**, em caráter transitório, convocados, designados ou nomeados para cumprir objetivos cívicos, culturais, educacionais, recreativos ou de assistência social, como o mesário eleitoral, o jurado e os conscritos.

Agentes delegados: são os destinatários de **função específica**, realizando-a em nome próprio, tal como ocorre com os serventuários da Justiça em serventias (cartórios) extrajudiciais. Ademais, são agentes delegados os leiloeiros, os tradutores juramentos e os intérpretes públicos.

Gestores de negócios públicos: são aqueles que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de calamidades públicas ou emergências.

[160] [RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, Tema 612.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Agentes credenciados: são aqueles que recebem a incumbência de representar a Administração em determinado evento ou na prática de determinada atividade, mediante remuneração. Ex.: advogado estrangeiro que representa a União em um processo no exterior.

3.4.1. Agentes de Fato

ATENÇÃO
Existe a classificação dos agentes de fato, os quais, mesmo sem serem investidos na função pública de forma regular, exercem uma função pública.

Os agentes de fato "são particulares que não possuem vínculos válidos com o Estado, mas desempenham funções públicas com a intenção de satisfazer o interesse público. São os particulares que exercem função pública sem a investidura prévia e válida."[161]

Por óbvio, os agentes de fato desempenham uma função pública de caráter excepcional, sem qualquer enquadramento legal, mas possível de ocorrer na Administração.

Ressalte-se que os agentes de fato não se confundem com a usurpação de função pública, uma vez que aqueles exercem a função pública de boa-fé, ao passo que, na usurpação, há a má-fé do sujeito.

Podem ser divididos em dois grupos:

a) Agentes necessários;

b) Agentes putativos.

Os primeiros, segundo Carvalho Filho[162], "são aqueles que praticam atos e executam atividades em situações excepcionais, como, por exemplo, as de emergência, em colaboração com o Poder Público". Por sua vez, os segundos, segundo o mesmo autor, "são os que desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade, embora não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido".

Em relação aos efeitos dos atos praticados pelos agentes putativos, existe grande divergência entre a doutrina. Há quem afirme que os atos produzidos por esses agentes são válidos perante 3º de boa-fé. Contudo, existe doutrina que afirma que são atos inexistentes, afinal, há a chamada usurpação de função pública, considerada crime nos termos do art. 328 do Código Penal[163].

4. REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS

[161] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo.5ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 678.

[162] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.593

[163] Usurpação de função pública

Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente aufere vantagem:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4.1. Regime Estatutário

O primeiro regime jurídico que merece ser estudado é o regime jurídico estatutário, o qual é "o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado".[164]

Esse conjunto de regras é chamado de estatuto, isto é, uma lei de iniciativa de cada ente federado. Portanto, desta situação, sabe-se que existem vários estatutos, uma vez que cada ente federado, que tenha adotado o regime estatutário para seus servidores, terá sua lei estatutária.

A União adotou o regime jurídico estatutário para seus servidores e, dessa forma, o seu estatuto funcional é a Lei nº 8.112/90.

Os servidores estatutários e o Poder Público têm uma relação **não contratual**. É, na verdade, uma relação **institucional.**

Os litígios entre servidores públicos federais e a União serão solucionados na Justiça Federal. Por sua vez, os litígios entre servidores públicos estaduais e municipais serão solucionados na Justiça Estadual.

4.2. Regime Trabalhista

O segundo regime jurídico funcional a ser estudado é o regime trabalhista ou de contrato de trabalho, o qual é "aquele constituído entre o Estado e seu servidor trabalhista".[165] As regras estabelecidas para esse tipo de servidor estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Diferentemente do regime estatutário, o regime celetista caracteriza-se pela unicidade normativa, ou seja, há apenas um único diploma legal a regular as relações dos empregados públicos e o poder público. Dessa forma, todo ente federado que adotar o regime jurídico celetista deverá seguir as regras estabelecidas na CLT.

Os servidores trabalhistas e o Poder Público possuem uma relação contratual, qual seja, a relação de contrato de trabalho.

Os litígios que possam ocorrer entre os empregados públicos e os entes federados (União, Estado, DF e Município), decorrentes da relação de trabalho, devem ser solucionados na Justiça do Trabalho.

Ocorre, porém, que, de acordo com o STF, a justiça comum, federal ou estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas[166].

4.3. Regime Especial

Os servidores temporários possuem com o Poder Público uma relação jurídica funcional.

---

[164] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 599

[165] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 601

[166] STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 846854 Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 01/08/2017. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O texto da Constituição da República, no art. 37, IX, diz que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Por meio desse artigo constitucional, há de se entender que a relação jurídica funcional existente entre o servidor temporário e o Poder Público é de natureza contratual. Veja que o contrato não é um contrato de trabalho, mas um contrato de direito administrativo, o qual estabelece "um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor"[167].

5. REGIME JURÍDICO ÚNICO - RJU

O art. 39, "caput," da CR/88, em sua redação original, afirmava que os entes federados (União, Estados, DF e Municípios) instituirão, no âmbito se suas competências, um **regime jurídico único** para os servidores da Administração Pública direta, suas autarquias e fundações.

O que é o Regime Jurídico Único? O entendimento divide-se em duas correntes:

1ª corrente: RJU seria a possibilidade de escolha que os Entes Federados possuem entre o regime estatutário e celetista.

2ª corrente: RJU seria, necessariamente, o regime estatutário.

O regime jurídico único, todavia, foi abolido pela EC n.º 19/98, a qual permitiu que houvesse uma pluralidade de regimes jurídicos que disciplinassem as relações com os seus servidores. Em outras palavras, permitiu-se que os entes federados recrutassem servidores sob mais de um regime jurídico.

Dessa forma, os entes federados poderiam ter servidores sob o vínculo estatutário e sob o vínculo de contrato de trabalho.

A União, por exemplo, em 2000, por meio da Lei n.º 9962/00, instituiu, em seu âmbito, a possibilidade de realizar concursos públicos que selecionassem empregados públicos.

Importante dizer que o ente federado poderia continuar adotando apenas um regime jurídico, contudo, "se o fizesse, não seria por imposição constitucional, e sim por opção administrativa, feita em decorrência de avaliação de conveniência, para melhor atender a suas peculiaridades"[168].

Posteriormente, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI, deferiu medida liminar com o intuito de suspender a eficácia do art. 39, "caput", redação dada pela EC nº 19/98, o que ocasionou a retomada do sistema anteriormente vigente, qual seja, o regime jurídico único.

Segundo o STF, a EC n.º 19/98 padecia de vício de inconstitucionalidade formal, em razão de erro no procedimento de tramitação da emenda.

Importante dizer que Aa decisão liminar do STF possui eficácia ex nunc, isto é, produz efeitos a partir da decisão, não retroagindo. Dessa forma, subsistem as legislações editadas sob a égide do dispositivo suspenso.

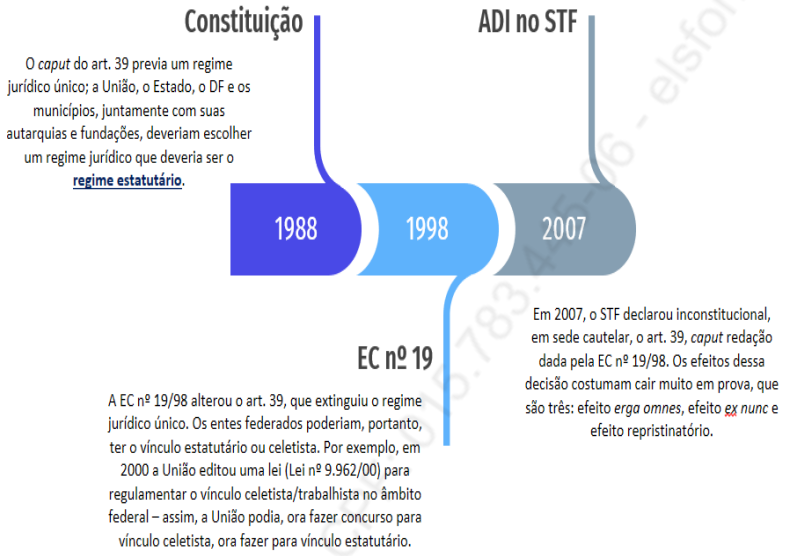
---

[167] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 605

[168] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 609

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por fim, deve-se entender que o regime especial, aquele dos servidores temporários, vigoraria junto com o outro regime jurídico escolhido pelo ente federado, seja o estatutário, seja o celetista.



6. ARTIGOS CONSTITUCIONAIS IMPORTANTES

6.1. Art. 37, I a VIII

6.1.1. Art. 37, I

> **Art. 37, I, CF**
> **I -** os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Observação: Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais, como aquelas que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição. A cláusula de edital que estabeleça a restrição de tatuagens violaria os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade[169].

[169] STF. Re 898450 – 17/08/2016.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 5º, I afirma que a nacionalidade brasileira é requisito para provimento para cargo público. Contudo, a própria lei estabelece que professores de universidades federais podem ser estrangeiros.

6.1.2. Art. 37, II

> **Art. 37, II, CF**
> **II -** a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Observação: Observa-se que não existe concurso público somente de título. É necessário que ocorra PROVA.

> **Súmula Vinculante nº 43 STF:** É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Aplicando a r. súmula, o STF entendeu ser inconstitucional a equiparação de carreira de nível médio a outra de nível superior, de modo que constituiria ascensão funcional, vedada pelo art. 37, II, da CF/88.

> **Súmula Vinculante nº 44 STF: -** Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.
> **Súmula Nº nº 683 STF:** O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.
> **Súmula nº 14 STF:** - Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.
> **Súmula nº 684 STF:** é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.
> **Súmula nº 266 STJ:** - O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

Contudo, observe que, o STF, em julgado publicado no Informativo 821, afirmou que a comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do art. 93, I, da CF, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público.

Ademais, importante analisar o caso de uma servidora gestante ocupante de cargo em comissão. Como se sabe, o cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, mas a gestante tem direito à estabilidade provisória. Diante desse conflito, o STF ponderou e concluiu que a Administração Pública não pode exonerar servidora gestante, ainda que esta ocupe cargo exonerável “ad nutum”.

Outro ponto relevante consiste no fato de a nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam caso houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação[170].

Nesse mesmo sentido, o candidato nomeado tardiamente por força de decisão judicial não tem direito à contagem retroativa do tempo de serviço e aos demais efeitos funcionais ou previdenciários a partir

[170] STF - [RE 629.392, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-6-2017, P, DJE de 1º-2-2018, Tema 454.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

da data em que deveria ter sido nomeado. A investidura no cargo, através da nomeação, seguida da posse e do efetivo exercício, é que gera o direito às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público, sob pena de enriquecimento ilícito[171].

Outro ponto relevante a ser estudado é acerca da possibilidade de realização das etapas de concurso em datas e horários distintos, por razões religiosas. O STF, no RE 611874, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> Nos termos do artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

O mesmo entendimento foi fixado pelo STF no que tange à fixação de critérios alternativos para regular o exercício dos deveres funcionais de servidores, em razão de questões religiosas. A seguinte tese de repercussão geral foi fixada:

> Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, é possível à administração pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que, presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.

Outro ponto relevante é a responsabilidade do Estado por danos materiais causados a candidatos em concurso público. O STF fixou, no RE 662405, a seguinte tese de repercussão geral:

> O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude.

Importante ainda pontuar que, de acordo com o STF, é inconstitucional norma que prevê isenção de taxa de inscrição para servidores públicos em concurso público.

> A noção de igualdade não se encerra em sua dimensão meramente formal, de igualdade perante a lei. Ela contempla ainda um caráter material, pelo qual se busca concretizar a justiça social e os outros objetivos fundamentais da República (art. 3º da CRFB/88). É com base nesse viés material que a lei eventualmente estabelece distinções a fim de compensar os indivíduos que se encontram em situação desprivilegiada para elevá-los ao patamar dos demais. No caso em apreço, o critério utilizado pela norma para a isenção da taxa de inscrição nos concursos públicos estaduais foi a existência da qualidade de servidor público, sendo essa, inclusive, a única categoria para a qual a lei confere tal isenção. Some-se a isso que o tratamento díspar estabelecido entre servidores públicos e outros que não o são não tem a finalidade de franquear o acesso à via concursal àqueles que estão em situação de hipossuficiência econômica, ou, ainda, aos que encontram menos oportunidades no mercado de trabalho. (...) Ao conceder a isenção a uma categoria que teria condições de arcar com os custos da inscrição no certame, o Estado amplia a desvantagem daqueles que,

[171] STF - RE 655.265-AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-4-2019, P, DJE de 2-5-2019

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> por insuficiência de recursos, não conseguem pagar tal quantia – e, portanto, nem sequer têm a chance de concorrer a um cargo na administração estadual –, restringindo, consequentemente, o acesso à via do concurso público. A porta de entrada para o concurso público deve ser igualmente acessível a todos os cidadãos, sendo válidas as medidas que fomentem essa igualdade de acesso, mas não as que ampliem a desigualdade entre os possíveis candidatos. A categoria beneficiada pela norma ora impugnada não vê sua participação em concursos públicos obstada pela exigência do pagamento da taxa de inscrição. Consequentemente, a medida ora analisada não tem a finalidade de promover a igualdade substancial, ou seja, não está voltada à mitigação de uma discriminação ou de uma desigualdade constatada na sociedade[172].

Por outro lado, o STF, enfrentando a legislação do Estado de Santa Catarina, Lei 11.289/1999, entendeu que isenção da taxa de inscrição em concursos públicos para candidatos de baixa renda não viola o princípio da isonomia. A diferenciação entre os candidatos, para fins de pagamento da contraprestação financeira para participação no certame, com fundamento em sua renda declarada.

6.1.3. Art. 37, III e IV

> **III** - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;
> **IV** - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

OBS.: A expressão "prazo improrrogável" deve ser interpretada extensivamente. Dessa forma, será entendida como o prazo dentro do qual o concurso público tem validade. Nesse sentido, RE nº 192.568 STF.

6.1.4. Art. 37, V

> **V** - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

OBS.: O STF estabeleceu, no RE 1041210, parâmetros para a criação de cargos em comissão. Observe a tese de repercussão geral fixada:

> **a)** A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
> **b)** tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
> **c)** o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
> **d)** as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

[172] [ADI 3.918, rel. min. Dias Toffoli, j. 16-5-2022, P, DJE de 9-6-2022.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.1.5. Art. 37, VI e VII

> **VI** - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
> **VII** - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

OBS.: O Direito de Greve está estabelecido em uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, precisa da edição de uma lei para gerar os seus plenos efeitos. Contudo, como é sabido, a lei de greve da iniciativa pública não existe. A despeito disso, os servidores públicos podem realizar o direito de greve, pois irão utilizar, por analogia, a lei de greve da iniciativa privada. Nesse momento, o STF adotou a teoria concretista geral.

Ainda, sobre o direito de greve, observe que, de acordo com o STF[173], o seu exercício não caracteriza abandono de cargo, pois não configura falta injustificada.

O Supremo Tribunal Federal (STF) também fixou entendimento de que a Justiça Comum Federal ou Estadual é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações de direito público[174].

Outro ponto relevante, consiste na possibilidade de desconto dos dias não trabalhados em razão da greve. Em recente julgamento, no RE 693456/2016, o STF ratificou entendimento de que a administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Nesse espectro, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o gestor é obrigado a descontar os dias de paralisação, não havendo margem de discricionariedade. Trata-se, portanto, de ato vinculado. Caso não haja o desconto dos dias paralisados, isso representará enriquecimento sem causa dos servidores que não trabalharam; violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público; violação ao princípio da legalidade.

Ademais, Aa compensação dos dias e horas paradas ou mesmo o parcelamento dos descontos poderão ser objeto de negociação, uma vez que se encontram dentro das opções discricionárias do administrador. Ressalte-se, todavia, que não há uma obrigatoriedade de a Administração aceitar a compensação. Trata-se, portanto, de ato discricionário.

Por sua vez, o STJ, no RMS 49.339-SP, **afirmou que** não se mostra razoável a possiblidade de desconto em parcela única sobre a remuneração do servidor público dos dias parados e não compensados provenientes do exercício do direito de greve.

Na verdade, trata-se de tema que deve ser entendido com ponderações. De acordo com o STJ, há a necessidade de ser verificada a razoabilidade e a proporcionalidade do ato que determina o desconto em parcela única desses dias na remuneração, principalmente diante do pedido do servidor para que o desconto seja feito de forma parcelada. Portanto, pode ser possível, diante do caso concreto, o desconto em parcela única, desde que haja razoabilidade nesse ato.

---

[173] STF. ADI 3235/2010.

[174] STF - [RE 846.854, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 1º-8-2017, P, DJE de 7-2-2018, Tema 544.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por fim, de acordo com o STF, o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. É obrigatória a participação do poder público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do CPC, para vocalização dos interesses da categoria.[175]

6.1.6. Art. 37, VIII

> **VIII** - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

OBS.:

> **Súmula nº 552 STJ:.** O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos. Corte Especial, aprovada em 4/11/2015, DJe 9/11/2015.
> **Súmula nº 552 STJ:** O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

ATENÇÃO!

É possível falarmos em superação da clássica Súmula 552 do STJ. Isso porque a lei 14.768, de 22 de Dezembro de 2023, considera deficiência auditiva a limitação de longo prazo da audição, unilateral total ou bilateral parcial ou total, a qual, em interação com uma ou mais barreiras, obstrui a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Diante da previsão da nova lei, a pessoa com surdez unilateral também poderá disputar as vagas reservadas em concursos públicos para pessoa com deficiência.

O STF, no julgamento da **ADC 41/DF**, declarou a constitucionalidade dos critérios de autodeclaração e heteroidentificação para o reconhecimento do direito de disputar vagas reservadas pelo sistema de cotas. Entretanto, lê-se no voto do relator, Ministro Roberto Barroso, que esses dois critérios serão legítimos, na medida em que viabilizem o controle de dois tipos possíveis de fraude que, se verificados, comprometem a política afirmativa de cotas: dos "candidatos que, apesar de não serem beneficiários da medida, venham a se autodeclarar pretos ou pardos apenas para obter vantagens no certame"; e também da "própria Administração Pública, caso a política seja implementada de modo a restringir o seu alcance ou a desvirtuar os seus objetivos". Também aduziu em seu voto que "devem ser garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, caso se entenda pela exclusão do candidato".

Depreende-se que, nos procedimentos destinados a selecionar quem tem ou não direito a concorrer às vagas reservadas, tanto as declarações dos candidatos, quanto os atos dos entes que promovem a seleção, devem se sujeitar a algum tipo de controle.

A autodeclaração é controlada pela Administração Pública mediante comissões preordenadas para realizarem a heteroidentificação daqueles que se lançam na disputa; o reexame da atividade administrativa poderá ser feito pelos meios clássicos de controle administrativo, como a reclamação, o recurso administrativo e o pedido de reconsideração.

[175] STF - [ARE 654.432, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 5-4-2017, P, DJE de 11-6-2018, Tema 541.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Assim, deve-se entender, em consonância com a orientação que se consolidou no Supremo, que a exclusão do candidato pelo critério da heteroidentificação, seja pela constatação de fraude, seja pela aferição do fenótipo, ou por qualquer outro fundamento, exige o franqueamento do contraditório e da ampla defesa.[176]

7. ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL

7.1. Quadro Funcional, Carreiras, Classes e Cargos

Quadro funcional é a reunião de carreiras, cargos isolados e funções públicas remuneradas que integram o mesmo órgão ou a mesma pessoa jurídica.

Por sua vez, carreira é a reunião de classes funcionais em que os seus servidores integrantes irão percorrer no que se constitui a progressão funcional[177].

As classes funcionais são a reunião de cargos de mesma atribuição.

Por fim, os cargos são as menores unidades integrantes de um órgão. Há os cargos de carreira, aqueles que integram as classes funcionais; há também os cargos isolados, aqueles que não possibilitam a progressão funcional do servidor.

7.2. Cargo, Emprego e Função Pública

De acordo com o art. 3º da Lei nº 8.112/90, **cargo público** é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Perceba, portanto, que cargo público é o local dentro da organização funcional dos entes federados e suas autarquias e fundações que, ocupados por um servidor, tem atribuições específicas e terá uma remuneração fixada em lei.

Por sua vez, a expressão **"função pública"** é utilizada de diversas formas pela administração pública. Atualmente, de acordo com a Constituição da República de 1988, função pública pode ser:

"A atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.[178]"

A função temporária a ser exercida pelos servidores temporários, nos termos do art. 37, IX da CR/88. Importante dizer que para provimento dessa função não é necessário concurso público, mas, apenas, um processo seletivo simplificado.

---

[176] STJ. RMS 62.040-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 17/12/2019, DJe 27/02/2020

[177] Para fins de esclarecimento, progressão funcional, segundo Marçal Justen Filho (2013, p. 967), "consiste na passagem do funcionário a um estágio mais elevado na carreira, seja em virtude do tempo de serviço, seja por efeito de merecimento, com a possibilidade de modificação de deveres e direitos". Importante frisar que a progressão funcional não é a mesma coisa que promoção. Esta produz a vacância do cargo então ocupado e o provimento em um novo. Por sua vez, a progressão é a simples alteração do tratamento do servidor, que será mantido no próprio cargo.

[178] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 611

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A função de confiança, correspondente a chefia, direção e assessoramento. De acordo com o art. 37, V da CR/88, as funções de confiança serão exercidas, exclusivamente, por servidores titulares de cargos efetivos.

Ademais, é necessário explicar o termo **"emprego".** Esta expressão serve para identificar a relação trabalhista existente entre um empregado público e o Poder Público.

ATENÇÃO

Todo cargo público possui função, afinal, todo servidor tem atribuições/tarefas predeterminadas. Mas nem toda função pressupõe cargo. O empregado público possui função, mas não possui cargo. Na verdade, esse servidor possui emprego público.

7.3. Investidura: Nomeação, Posse e Exercício

A **investidura** é o conjunto de atos do Poder Público e do particular, no intuito de permitir o provimento do cargo público de forma legítima.

Em outras palavras, a investidura constitui-se da nomeação, da posse e do exercício.

É por meio da **nomeação** que ocorre o provimento originário de um cargo público.

Por sua vez, a **posse** é o ato da investidura pelo qual ficam delegados aos servidores os direitos, os deveres e as prerrogativas do cargo. O ato da posse completa a investidura, afinal, é o momento em que os servidores assumem a obrigação do fiel cumprimento das atribuições e deveres a eles delegadas[179].

Por fim, o **exercício**, de fato, é o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo ocupado pelo servidor.

8. ESTABILIDADE

8.1. Conceito e Requisitos

Estabilidade é o direito do servidor de exercer suas atribuições sem perturbações externas.

Perceba que o art. 41 da CFR/88 estabeleceu determinados requisitos para a aquisição da estabilidade, quais sejam:

Três anos de efetivo exercício;

Cargo de provimento efetivo;

Oriundo de concurso público;

Aprovação em uma avaliação especial de desempenho;

Habilitação em estágio probatório[180] (requisito legal).

[179] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 621

[180] Estágio Probatório é "o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero" (CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P 673). De acordo com o STF, em sua

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Súmula nº 21 STF**: - funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.
> **Súmula nº 22 STF:** - o estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.

Também, deve-se estudar o Enunciado 37 do CJF, que concretiza o que já era pacificado na doutrina — afirmando que não há estabilidade automática em virtude do tempo. Assim, **para que haja confirmação do estágio probatório e para que o servidor adquira estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho com resultado positivo**. Dessa forma, percebe-se que o resultado positivo na avaliação especial de desempenho é imprescindível para a aquisição de desempenho – passados os três anos, não há estabilidade automática.

Observe que o direito de estabilidade é concedido somente ao servidor estatutário, não sendo extensivo ao servidor sob o vínculo de contrato de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em tese de repercussão geral, fixou entendimento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. Trata-se de tese que substiuiu a anterior, que estendia o dever de motivação a todos os empregados públicos.

Não confunda com a necessidade de abertura de processo administrativo. A instauração do PAD continua obrigatória somente para servidores estatutários.

A jurisprudência do STF rompe com o entendimento do TST em sua OJ – 247, em que se posicionava pela desnecessidade de motivação da demissão de um empregado público.

Ademais, atente-se que a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo, conforme já se posicionou o STJ. Em outras palavras, o servidor estável, ao ser investido em novo cargo, NÃO está dispensado de cumprir o estágio probatório nesse novo cargo.

Atente-se ainda a um julgado relevante do STJ. De acordo com a Corte Cidadã, em situações excepcionais, é possível, para efeito de estabilidade, a contagem do tempo de serviço prestado por força de decisão liminar.

8.2. Estabilidade X Efetividade

Estabilidade é a garantia constitucional do servidor estatutário de permanecer no serviço público, após o cumprimento dos requisitos necessários. Por sua vez, efetividade é o instituto que qualifica os cargos efetivo, de maneira a distingui-los dos cargos em comissão.

8.3. Perda do Cargo pelo Servidor Estável

> **Art. 41, § 1º, CF:**
> O servidor público estável só perderá o cargo:
> **I** - em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

súmula 21, o servidor em estágio probatório não pode ser exonerado sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

OBS.: De acordo com o STJ, é possível a cassação de aposentadoria de servidor público pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão[181].

> **Art. 41, § 1º, CF**:
> **II** - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.
> **III** - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.
>
> **Art. 169, CF:**
> A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar.
>
> **§ 4º:** Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

OBS.: adequar as despesas de pessoal aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00), conforme estabelece o art. 169, § 4º da CR/88 estabelece a possibilidade de perda do cargo para adequar as despesas de pessoal aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/00).

Constate-se que as duas primeiras hipóteses (I e II) são hipóteses de demissão, ao passo que as duas últimas (III e art. 169, §4º) são hipóteses de exoneração. Sobre a exoneração, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o ato de exoneração do servidor é meramente declaratório, podendo ocorrer após o prazo de 3 anos fixados para o estágio probatório, desde que as avaliações de desempenho sejam efetuadas dentro do prazo constitucional[182].

Observe que esta última situação não é caso de demissão, é caso de exoneração. Esta hipótese acontecerá somente após a adoção de outras medidas:

> **Art. 169, § 3º, CF**
> **I -** redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança.
> **II -** exoneração dos servidores não estáveis.

Observação: Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

Se estas medidas não forem suficientes, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

O servidor que perder o cargo nessa situação fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

---

[181] STJ. MS 23.608-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acd. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, por maioria, julgado em 27/11/2019, DJe 05/03/2020

[182] RE 805.491 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-2-2016, 2ª T, DJE de 29-4-2016

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

> **Art. 198, § 6º, CF:** Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.
> **V** - Servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

8.4. Estabilização

O Art. 19 do ADCT/88 prevê a estabilização:

> - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos por meio de concurso público são considerados estáveis no serviço público.

8.5. Comentários Importantes

Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Observe que o instituto da disponibilidade, portanto, é a situação funcional na qual o servidor passa para a inatividade, até o seu adequado aproveitamento, momento em que retornará à atividade.

9. MANDATO ELETIVO

> **Art. 38. CF.:**
> Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:
> **I-** tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.
> **II-** investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.
> **III-** investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior.
> **IV-** em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

Na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem.

Para além do disposto no art. 38 da CR/88, pontua-se o entendimento do STF de que não é compatível com a Constituição qualquer benefício permanente a dependentes de titulares de cargos eletivos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> Pensão por morte e por invalidez para os mandatos políticos municipais, beneficiando os ex-ocupantes dos cargos, seus cônjuges ou companheiros sobreviventes, bem como seus descendentes consanguíneos de 1° grau. (...) Os cargos políticos do Poder Legislativo e do Poder Executivo municipal têm caráter temporário e transitório, motivo pelo qual não se justifica a concessão de qualquer benefício a ex-ocupante do cargo de forma permanente, sob pena de afronta aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade com gastos públicos. Não se revela compatível com o princípio republicano e o princípio da igualdade a outorga de tratamento diferenciado a determinado indivíduo, sem que não mais esteja presente o fator de diferenciação que justificou sua concessão na origem. É contrária ao atual sistema constitucional brasileiro a instituição da pensão impugnada[183].
>
> No mesmo sentido, o STF entendeu que a Lei 13.219/2014 do Estado da Bahia, que concede a ex-governadores, em caráter vitalício, o direito a serviços de segurança e motorista, prestados pela administração pública estadual, é inconstitucional. A Jurisprudência do STF é firme quanto à inconstitucionalidade de leis estaduais e locais que concedem benefícios em caráter gracioso e vitalício a ex-agentes públicos, com fundamento nos princípios republicano, isonômico e da moralidade administrativa. (...) No caso, a norma impugnada não prevê o pagamento de benefício pecuniário, mas a disponibilização de serviços relacionados à preservação da incolumidade e integridade física de ex-agentes públicos que, no exercício da chefia do Poder Executivo, conduziram políticas públicas de grande interesse social, como segurança pública, com especial nível de exposição pessoal. Não obstante, a vitaliciedade do benefício ultrapassa os limites mínimos da razoabilidade, transformando os serviços prestados em privilégio injustificado, afastada a comparação com o tratamento conferido pela Lei Federal 7.474/1986 a ex-Presidentes da República. Ação Direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'de forma vitalícia', do art. 1º da Lei 13.219/2014 do Estado da Bahia, conferindo interpretação conforme ao texto remanescente, pela qual a prestação dos serviços de segurança e motorista fica limitada ao final do mandato subsequente, enquanto não regulamentada a norma[184].

[185]10. APOSENTADORIA

Em relação ao regime de aposentadoria dos servidores públicos é preciso observar que existem dois regimes de aposentadoria, quais sejam o **Regime Geral de Previdência Social (RGPS)** e o **Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).**

O RGGPS aplicar-se-á aos empregados pertencentes, em regra, à iniciativa privada e regidos pela CLT. Ademais, em termos de Direito Administrativo, o servidores estatutários ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, os empregados públicos e os servidores temporários, inclusive mandato eletivo, estarão sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 40, § 13 da CR/88.

Por sua vez, o RPPS aplicar-se-á aos servidores titulares de cargos efetivos e aos servidores titulares de cargo em comissão do recrutamento estrito.

> **Art. 40: RPPS:**
> aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e aposentados e dos pensionistas, observados critérios que preservem o

[183] [ADPF 368, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-9-2021, P, DJE de 15-9-2021.]

[184] [ADI 5.346, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 18-10-2019, P, DJE de 6-11-2019.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Observação:

Caráter Contributivo: Atentem-se salienta-se ao fato de o RPPS ser mantido por meio de contribuições feitas pelos servidores ativos, os aposentados, os pensionistas e o próprio ente público instituidor do Regime Próprio.

Caráter Solidário: "A solidariedade em relação ao regime está a indicar que a contribuição previdenciária não se destina apenas a assegurar benefício ao contribuinte e à sua família, mas, ao contrário, assume objetivo também de caráter social, exigindo-se que pessoas já beneficiadas pelo regime continuem tendo a obrigação de pagar a contribuição previdenciária, agora não mais para o exercícios de direito próprio, mas sim em favor do sistema do qual são integrantes, ainda que já tenham conquistado seu direito pessoal".[186]

10.1. Modalidades de Aposentadoria

Nos termos do art. 40, § 1º e § 4º da CR/88, admite-se quatro modalidades de aposentadoria:

Por invalidez;

Compulsória;

Voluntária;

Especial.

10.1.1. Aposentadoria por incapacidade permanente

De acordo com o art. 40, § 1º, I, da CR/88, a aposentadoria em questão ocorre por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo.

10.1.2. Aposentadoria compulsória[187]

Esta modalidade de aposentadoria ocorrerá quando o servidor atingir **a idade de 70 anos, ou aos 75 anos de idade, na forma da Lei Complementar**. A Esta Lei complementar é a LC 152, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2015.

Percebe-se que não há escolha ao servidor, nem a Administração, de forma que completado o requisito de idade deve haver a aposentadoria compulsória. Os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

[186] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. P. 690.

[187] De acordo com o STF, essa aposentadoria não se aplica aos Notários e Registradores, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2602.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

OBS.: 1) Não é aplicável a regra da aposentadoria compulsória por idade na hipótese de servidor público que ocupe exclusivamente cargo em comissão. Com efeito, a regra prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, cujo teor prevê a aposentadoria compulsória do septuagenário, destina-se a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, não se aplicando aos servidores em geral. Assim, ao que ocupa exclusivamente cargo em comissão, aplica-se, conforme determina o § 13 do art. 40 da CF, o regime geral de previdência social, no qual não é prevista a aposentadoria compulsória por idade[188].

10.1.3. Aposentadoria voluntária

No âmbito da União, a aposentadoria voluntária ocorrerá:

- **Se mulher, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade;**
- **Se homem, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade.**

No âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.

Obs.: Observados os critérios a serem estabelecidos em lei do respectivo ente federativo, o servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte por permanecer em atividade poderá fazer jus a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória.

Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.

Observe que o STF, por meio da Súmula 726, entendeu que não se computará o tempo de serviço prestado fora da sala de aula. Contudo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.393/95) estabeleceu que as atribuições de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico também fazem jus ao benefício constitucional. O próprio STF entendeu correta essa interpretação.

10.1.4. Aposentadoria especial

Nos termos do art. 40, § 4º, da CR/88, é vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos § § 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.

Assim, os requisitos diferenciados poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo, idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria:

de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

de ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policial;

[188] STJ. RMS 36.950-RO, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26/4/2013 (Informativo nº 0523).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. ocupação.

10.2. Previdência Complementar

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social.

O regime de previdência complementar oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

Somente mediante sua prévia e expressa opção, o regime de previdência complementar poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. complementar.

10.3. Contribuição dos Aposentados e Pensionistas

Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Em outras palavras, o servidor inativo e o pensionista irão contribuir nos mesmos moldes do servidor ativo.

10.4. Comentários Importantes

É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria, assegurando a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei, bem como o tempo de serviço militar exercido e o tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social ou a regime próprio de previdência social terão contagem recíproca para fins de inativação militar ou aposentadoria, e a compensação financeira será devida entre as receitas de contribuição referentes aos militares e as receitas de contribuição aos demais regimes e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

É vedada a complementação de aposentadorias de servidores públicos e de pensões por morte a seus dependentes que não seja decorrente da previdência complementar ou que não seja prevista em lei que extinga regime próprio de previdência social.

Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, lei complementar federal estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

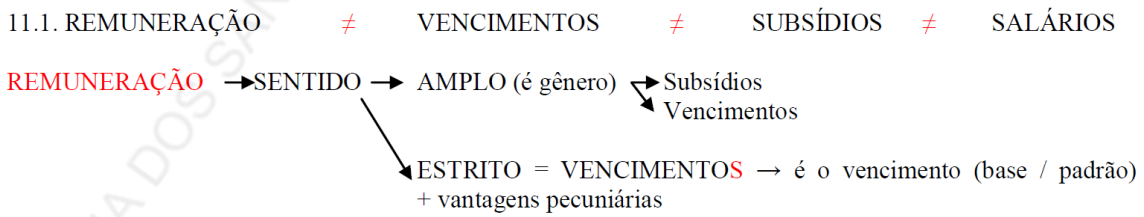
> **I** - requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social;
> **II -** modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos;
> **III** - fiscalização pela União e controle externo e social;
> **IV** - definição de equilíbrio financeiro e atuarial;
> **V -** condições para instituição do fundo com finalidade previdenciária de que trata o art. 249 e para vinculação a ele dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza; ;
> **VI** - mecanismos de equacionamento do déficit atuarial;
> **VII** - estruturação do órgão ou entidade gestora do regime, observados os princípios relacionados com governança, controle interno e transparência;
> **VIII** - condições e hipóteses para responsabilização daqueles que desempenhem atribuições relacionadas, direta ou indiretamente, com a gestão do regime;
> **IX** - condições para adesão a consórcio público;
> **X -** parâmetros para apuração da base de cálculo e definição de alíquota de contribuições ordinárias e extraordinárias.

10.5. Pensões

De acordo com o art. 40, §7º, da CR/88, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores agente penitenciário, agente socioeducativo ou policial decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.

11. REGIME REMUNERATÓRIO

11.1. Remuneração x Vencimentos x Subsídios x Salários



Remuneração, em sentido amplo, é gênero, que engloba as espécies subsídios e vencimentos. Em sentido estrito, equivale aos vencimentos.

Vencimentos: é o vencimento base, acrescido de vantagens pecuniárias. Nesse ponto, faz-se necessário estudar o inciso XIV do art. 37 da Constituição cuja literalidade cai em prova. O que esse artigo dispõe é que, por exemplo, se o servidor tiver um aumento de 10%, esse aumento recai sobre o vencimento base e não sobre as vantagens pecuniárias.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Art. 37 .....**
> **XIV -** os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

No contexto dos vencimentos, devem ser estudadas as súmulas vinculantes nºs 16 e 15 do STF.

> **Súmula Vinculante 16, STF**. Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

O que essa súmula dispõe é que o total da remuneração do servidor não pode ser inferior ao salário-mínimo. O vencimento base pode ser inferior ao salário-mínimo desde que o total não o seja.

> **Súmula vinculante 15, STF**. O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário-mínimo.

É a mesma ideia de que os acréscimos pecuniários não serão computados nem acumulados para fins de acréscimos ulteriores – o cálculo de acréscimos e outras vantagens não recairá sobre o abono caso seja usado o abono para ser atingido o salário-mínimo.

Subsídio - é a remuneração paga aos **agentes políticos** e aos **membros de poder** consistente numa **parcela única** na qual é **vedado** o acréscimo de qualquer outra parcela remuneratória. Ao subsídio pode acrescer as parcelas de **caráter indenizatório** (pode acrescer sempre). Pode acrescer também alguns direitos constitucionais (ex.: hora extra, 1/3 de férias).

Nesse sentido, o STF já se posicionou que o art. 39, §4º da CR/88 não é incompatível com o pagamento de terço de férias e o décimo terceiro salário. Isso porque o regime de subsídio é incompatível apenas com o pagamento de outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro e das férias, que são verbas pagas a todos os trabalhadores e servidores, com periodicidade anual. Por outro lado, a verba de representação não poderá ser paga a quem perceba subsídio, pois tem natureza remuneratória, independentemente da lei atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória[189].

OBS.: o art. 39, § 8º, da CF/88 determina que - servidores organizados em carreira **podem** perceber subsídio.

Salário - é a contraprestação paga aos empregados públicos.

Observação: A ausência de critérios mínimos e razoáveis para concessão do benefício, especialmente a incorporação da vantagem, decorrente da continuidade do pagamento após o exercício da função, caracteriza concessão graciosa de vantagem remuneratória e, consequentemente, privilégio injustificado, que, além de não atender ao interesse público, é inconciliável com o ideal republicano e a moralidade[190].

[189] [RE 650.898, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 1º-2-2017, P, DJE de 24-8-2017, tema 484.]

[190] STF - [ADI 2.821, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-12-2019, P, DJE de 26-2-2020.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

11.2. Princípios do Regime Remuneratório

11.2.1. Princípio da Estrita Legalidade (art. 37, X, CF/88)

A remuneração e os subsídios somente podem ser alterados ou fixados por lei específica.

Nesse sentido, importante a Súmula Vinculante 37 do STF, que assim dispõe:

> Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

A Súmula Vinculante nº 37 vale tanto para verba de caráter remuneratório quanto para verbas de caráter indenizatório.

Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos, nos termos da Súmula 682 do STF.

Por fim, a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva, conforme dispõe a Súmula 679 também do STF

11.2.2. Princípio da Revisão Anual (art. 37, X, CF/88)

Anualmente, na mesma data e sem distinção de índices, os servidores possuem direito a uma revisão geral das suas remunerações.

Para que essa revisão anual aconteça é necessário também uma **lei específica** (Lei 10.331/11)

Visa a proteger a remuneração do servidor contra a inflação.

A revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, de acordo com o STF[191], depende, cumulativamente, de dotação na Lei Orçamentária Anual e de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Importante questão sobre o tema é a decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 565089, que fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> O não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso 10 do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, não gera direito subjetivo a indenização. Deve o Poder Executivo, no entanto, se pronunciar, de forma fundamentada, acerca das razões pelas quais não propôs a revisão.

11.2.3. Princípio da Irredutibilidade das Remunerações

Em regra:, as remunerações são **irredutíveis.**

Exceções:

Imposto de Renda,

Contribuição Sindical,

---

[191] STF - RE 905357

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Contribuição Previdenciária,

Adequação ao teto.

Observação: de acordo com o STF a irredutibilidade prevista na CF/88 é **nominal** (o número da remuneração é que NÃO PODE ser reduzido).

O **valor real** não é protegido pela Constituição (é o poder de compra da moeda).

11.3. Teto Remuneratório

CONCEITO: é o máximo pago aos agentes públicos (limite).

Não incidem no teto: são verbas que compõem a remuneração do servidor, mas que não serão contadas para o teto. Logo, são verbas de caráter indenizatório (ex.: auxílio- moradia).

Também podem extrapolar o teto constitucional o salário de empregados das EP e SEM que NÃO recebam verbas públicas para pagamento de despesa de pessoal e para o custeio em geral (art. 37, §9º, CR/88), de direitos constitucionais (ex.: 1/3 de férias , hora extra).

TETOS EM ESPÉCIE: art., 37, XI, CF/88.

> A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

TETO GERAL: TETO UNIÃO é o subsídio mensal em espécie pago aos ministros do STF;

TETO MUNICÍPIOS: é o subsídio mensal em espécie pago aos prefeitos;

TETO ESTADOS:

Poder Executivo: = é o subsídio mensal em espécie pago ao Governador;

Poder Legislativo: = é o subsídio mensal em espécie pago ao Deputado Estadual;

Poder Judiciário: = é o subsídio mensal em espécie pago ao Desembargador (até 90,25% do salário recebido pelos ministros do STF[192]). Aplica-se aos membros do Ministério Público, a defensores públicos e procuradores.

[192] O STF dá uma interpretação conforme à Constituição Federal para excluir os magistrados estaduais do âmbito de incidência do artigo 37, XI e o §2º, entendendo que não se poderia aplicar o limite de 90,25% aos desembargadores. O STF entendeu que esse

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Conforme o Art. 37, §12º, CF/88, - uma emenda à Cconstituição do Estado poderá estabelecer como teto único o subsídio mensal em espécie pago ao Desembargador. Contudo, isso não se aplica ao Deputados Estaduais e aos Vereadores.

> § 12. 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.

ATENÇÃO

A expressão **"Procuradores",** contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, como Advogados Públicos, estando, portanto, submetidos ao teto de 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.[193]

No que diz respeito ao teto do desembargador do TJ, tem-se entendimento do STF que afastou a limitação dos "até 90,25% do que percebe o ministro do STF" para o desembargador do TJ porque, de acordo com o STF, o Poder Judiciário é **uno**. O teto do desembargador do TRF pode ser de até 100% do que percebe o ministro do STF.

> **ADI 6811/PE:** "O teto remuneratório aplicável aos servidores municipais, excetuados os vereadores, é o subsídio do prefeito municipal". Esse julgado não supera o entendimento dos procuradores, uma vez que para os procuradores o Supremo entendeu que também é o teto do desembargador do TJ. Ao enfrentar essa ADI e falar que o teto remuneratório aplicado aos servidores municipais é o subsídio do prefeito, o Supremo está se referindo aos servidores em geral, excetuando os vereadores que têm teto próprio (que é o teto dos deputados estaduais, de acordo com o número de habitantes) e os procuradores, com base no julgado anterior.

11.3.1. Artigos Constitucionais Importantes:

> **- Art. 37, XII, CF/88**: os vencimentos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo. I→ isso se aplica para cargos idênticos ou assemelhados.

PODER JUDICIÁRIO + **PODER LEGISLATIVO** = **PODER EXECUTIVO**

> **Art. 37, XIII, CF/88: é vedada** a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies

limite não se aplica aos desembargadores porque iria feria o princípio da isonomia, de modo que implicaria em um tratamento discriminatório entre os juízes estaduais e juízes federais, que se submetem a LOMAN. - ADI 3854/MC

[193] STF. Plenário. RE 663696/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/2/2019 (Info 932)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal.

VINCULAÇÃO: = é condicionar o aumento de uma carreira inferior ao de uma carreira superior (se aumenta analista, aumenta técnico).

EQUIPARAÇÃO: = cargos de mesma hierarquia, mas de estruturas diferentes (poderes, órgãos diferentes) =. cargo técnico TRT = cargo técnico TRE

> **Súmula vinculante 42 do STF:** É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

ACUMULAÇÃO REMUNERADA: exercer 2 (dois) cargos e ser remunerado por ambos. Em regra é vedada.

- **EXCEÇÕES:**

2 cargos de professor;

1 cargo de professor + 1 técnico ou científico (exige especialidade para os 2);

2 cargos de profissionais da área da saúde (tem que ter profissão regulamentada);

Vereador + cargo/emprego (com compatibilidade de horários);

Magistrado + Magistério.

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público[194].

ATENÇÃO

Em recente julgamento, o STF fixou, no RE 602584, a seguinte tese de repercussão geral:

> Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor.

Assim, percebe-se que, quando houver acumulação de remuneração ou de proventos de aposentadoria, o teto será analisado individualmente e, não, pelo somatório.

Porém, quando a acumulação for de remuneração ou proventos com pensão por morte, o teto remuneratório incidirá pelo somatório.

É possível a acumulação de um cargo público de professor com outro de intérprete e tradutor da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).[195]

[194] STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral) (Info 862)

[195] STJ. 2ª Turma. REsp 1.569.547-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15/12/2015 (Info 575)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público, conforme o art. 37, XVII da CR/88.

Explicita-se Veja o esquema abaixo:

Remuneração + Remuneração → SÓ É POSSÍVEL NOS CASOS ACIMA SUPRACITADOS.

Proventos + Proventos → SÓ É POSSÍVEL NOS CARGOS ACUMULÁVEIS – (Art. 40, § 10º da CR/88. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo).

Remuneração + Proventos (recebe de 1 cargo na ativa e está aposentado em outro), só é possível:

a) cargos acumuláveis;

b) cargo em comissão;

c) mandato eletivo.

> **Art. 37, § 10, CF/88:** . É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Exemplo: um servidor público submetido ao vínculo do RPPS.

Uma vez aposentado, esse sujeito passa em concurso público sob o vínculo previdenciário do RGPS. Ele não poderá exercer a função vinculada ao RGPS e receber cumulativamente aposentadoria do RPPS.

Exemplo 2: Um servidor público vinculado ao RGPS. O sujeito passa em um num concurso sob o vínculo do RPPS. Nessa situação, o servidor poderá exercer a função e receber cumulativamente os vencimentos do RGPS.

> **Art. 11 da EC 20/98** - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, 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 pelas 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.

Exemplo: um sujeito se aposenta como juiz e faz concurso e se torna Procurador da República. Logo, é um juiz aposentado e procurador da república em atividade. Com a EC nº 20/98, isso se torna uma situação vedada, em que não cabe em nenhuma das exceções do § 10.

Não obstante, essa regra prevista no artigo 11 da EC n.º 20/98 permite que esse indivíduo continue desempenhando a função de procurador da república, mesmo após o advento da proibição. Essa permissão é apenas para que o sujeito continue desempenhando aquela função na atividade, pois ele não pode, posteriormente, aposentar-se como procurador da república e receber duas aposentadorias.

12. DO CONCURSO PÚBLICO E SUAS DIVERSAS POLÊMICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.1. Do controle judicial sobre a correção de questões em Concurso Público

RE N. 632.853-CE RELATOR: MIN. GILMAR MENDESRE N. 632.853-CE RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

STF reafirma sua jurisprudência de que não cabe controle judicial referente à correção das questões em concurso público, uma vez que isso seria controle de mérito, que não pode ser feito pelo Poder Judiciário.

Cabe apenas controle para se verificar se a matéria cobrada na questão está ou não no programa do edital do concurso, por se tratar, aqui, de controle de legalidade.

12.2. Do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas e o Cadastro de Reservas

> **RE n.º 598099** – Candidato aprovado dentro do número de vagas possui direito subjetivo à nomeação. A administração Pública está vinculada ao número de vagas previstas no edital. Este julgado respeita o princípio da segurança jurídica e seu subprincípio da confiança legítima.

No entanto, o STF entendeu que devem ser levadas em conta "situações excepcionalíssimas" que justifiquem soluções diferenciadas devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Segundo ele, tais situações devem apresentar as seguintes características:

- **Superveniência**: - eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação de edital do certame público;
- **Imprevisibilidade:** - a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias à época da publicação do edital;
- **Gravidade:** – os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; Crises econômicas de grandes proporções; Guerras; Fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna;
- **Necessidade:** – a administração somente pode adotar tal medida quando não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível.

12.3. Do direito subjetivo à nomeação e o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade

Sobre esse tema, a jurisprudência dos tribunais superiores está longe de um posicionamento pacífico. Veja abaixo os diversos julgados e contradições dos tribunais.

12.3.1. RE 837311/PI, rel. Min. Luiz Fux, 14.10.2015

> O plenário destacou que incumbiria à Administração, no âmbito de seu espaço de discricionariedade, avaliar, de forma racional e eficiente, a conveniência e oportunidade de novas convocações durante a validade do certame. Assim, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não geraria, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso fosse aberto durante a validade do primeiro. O provimento dos cargos dependeria de análise discricionária da Administração Pública, moldada pelo crivo de conveniência e oportunidade. A despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

validade do concurso, poderiam surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justificassem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. A referida discricionariedade, porém, seria aquela consentânea com o Direito Administrativo contemporâneo, ou seja, não seria livre e irrestrita, mas vinculada a certas premissas. Ou seja, deveria basear-se no dever de boa-fé da Administração Pública, além de pautar-se por um incondicional respeito aos direitos fundamentais e aos princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da proteção da confiança, todos inerentes ao Estado de Direito. Em suma, se seria verdade que a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, além do número de vagas do edital, estaria sujeita à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro seria que essa discricionariedade deveria ser exercida legitimamente. Desse modo, nenhum candidato, estivesse ele dentro ou fora do número de vagas do edital, poderia ficar refém de condutas que, deliberadamente, deixassem escoar, desnecessariamente e, por vezes, de modo reprovável, o prazo de validade do concurso para que fossem nomeados, apenas, os aprovados em novo concurso. Se a Administração decidisse preencher imediatamente determinadas vagas por meio do necessário concurso, e existissem candidatos aprovados em cadastro de reserva de concurso válido, o princípio da boa-fé vincularia a discricionariedade da Administração e lhe imporia o necessário preenchimento das vagas pelos aprovados no certame ainda em validade. Desse modo, quem fosse aprovado em concurso além das vagas previstas no edital não ostentaria um direito subjetivo de ser nomeado, mesmo que aberto novo edital durante a validade do certame (CF, art. 37, IV). Possuiria, ao revés, mera expectativa de direito que seria convolada em direito adquirido à nomeação, apenas, na excepcional circunstância de ficar demonstrado, de forma inequívoca, a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. Uma coisa seria a vacância do cargo, outra a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração destinado a prover os cargos durante a validade do concurso, e isso, contudo, não ficaria caracterizado pela mera publicação de novo edital de concurso.

O Plenário ressaltou que a aprovação em concurso público só originaria direito subjetivo à nomeação: a) quando ela ocorresse dentro do número de vagas previstas no edital; b) quando houvesse preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação no concurso; e c) quando surgissem novas vagas durante a validade do concurso e, excepcionalmente, a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca e demonstrada casuisticamente, a necessidade do provimento das vagas durante a validade do concurso, deixasse o referido prazo escoar para nomear candidatos de concurso superveniente, o que teria ocorrido na espécie. O Ministro Edson Fachin, ao também negar provimento ao recurso, considerou, no entanto, que a necessidade de observância da eficiência administrativa e do adequado manejo dos recursos públicos, ensejaria o dever de a administração convocar todos os candidatos aprovados em concursos públicos, até o preenchimento de todas as vagas, ressalvados motivos financeiros e razões de eficiência administrativa. A Ministra Rosa Weber apontou a necessidade de se observar o princípio da discricionariedade vinculada ao Direito, na medida em que, no caso em comento, quando aberto novo edital de concurso, já seriam conhecidos os classificados no certame anterior. Vencidos os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso por entenderem inexistente o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas previstas em edital, salvo em caso de preterição. Em seguida, o julgamento foi suspenso para posterior fixação de tese de repercussão geral.

OBS.: No julgamento da ARE 774137, declarou o STF que: “A jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que a ocupação precária por terceirização para desempenho de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual houvesse candidatos aprovados em concurso público vigente, configuraria ato equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, a ensejar o direito à nomeação”.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.3.2. Direito Administrativo. Desistência de candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas

O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação quando o candidato imediatamente anterior na ordem de classificação, aprovado dentro do número de vagas, for convocado e manifestar desistência. O posicionamento do STJ (RMS 33.875-MT, Primeira Turma, DJe 22/6/2015; e AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319-ES, Segunda Turma, DJe 9/3/2012) induz à conclusão de que o candidato constante de cadastro de reserva, ou, naqueles concursos em que não se utiliza essa expressão, aprovado fora do número de vagas previsto no edital, só terá direito à nomeação nos casos de comprovada preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação, seja por contratações irregulares. Contudo, deve-se acrescentar e destacar que a desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame é hipótese diversa e resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso. É que, nessa hipótese, a necessidade e o interesse da Administração no preenchimento dos cargos ofertados estão estabelecidos no edital de abertura do concurso, e a convocação do candidato que, logo após, desiste, comprova a necessidade de convocação do próximo candidato na ordem de classificação. Precedentes do STF citados: ARE 866.016 AgR, Primeira Turma, DJe 29/10/2013; ARE 661.760 AgR, Primeira Turma, DJe 29/10/2013; RE 643.674 AgR, Segunda Turma, DJe 28/8/2013; ARE 675.202 AgR, Segunda Turma, DJe 22/8/2013. AgRg no ROMS 48.266-TO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18/8/2015, DJe 27/8/2015.

12.3.3. Direito Administrativo. Desistência de candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas

O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação quando o candidato imediatamente anterior na ordem de classificação, embora aprovado fora do número de vagas, for convocado para vaga surgida posteriormente e manifestar desistência. O posicionamento do STJ (RMS 33.875-MT, Primeira Turma, DJe 22/6/2015; e AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319-ES, Segunda Turma, DJe 9/3/2012) induz à conclusão de que o candidato constante de cadastro de reserva, ou, naqueles concursos em que não se utiliza essa expressão, aprovado fora do número de vagas previsto no edital, só terá direito à nomeação nos casos de comprovada preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação, seja por contratações irregulares. Contudo, deve-se acrescentar e destacar que a desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame é hipótese diversa e resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso. É que, nessa hipótese, a necessidade e o interesse da Administração no preenchimento dos cargos ofertados estão estabelecidos no edital de abertura do concurso, e a convocação do candidato que, logo após, desiste, comprova a necessidade de convocação do próximo candidato na ordem de classificação. Embora exista diferença entre as situações fático-jurídicas daqueles que se encontram classificados imediatamente após o candidato desistente de vaga disponibilizada no edital do concurso e daqueles classificados imediatamente após o candidato desistente classificado fora das vagas ofertadas, deve-se reconhecer que o ato administrativo que convoca candidato para preencher outras vagas, oferecidas após o preenchimento daquelas previstas pelo edital, gera o mesmo efeito do ato de convocação dos candidatos aprovados dentro de número de vagas quando há desistência. É que, também nessa hipótese, a Administração, por meio de ato formal, manifesta necessidade e interesse no preenchimento da vaga. O ato administrativo que prevê novas vagas para o certame adita o edital inaugural, necessitando preencher os mesmos requisitos de validade e produzindo os mesmos efeitos jurídicos com relação aos candidatos. Assim, se o ato de convocação, perfeito, válido e eficaz, encontra motivação nas novas vagas ofertadas, não há fundamento para se diferenciar o entendimento aplicável às mencionadas categorias de candidatos, à luz dos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da legalidade. AgRg noRMS 41.031-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 18/8/2015, DJe 27/8/2015.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.3.4. Nos casos de preterição de candidato na nomeação em concurso público, o termo inicial do prazo prescricional quinquenal recai na data em que foi nomeado outro servidor no lugar do aprovado no certame.

A controvérsia cinge-se a definir acerca do prazo prescricional aplicável, e seu termo a quo, nos casos de preterição de nomeação de candidato aprovado em concurso público.
De início, as normas previstas na Lei n. 7.144/1983 aplicam-se meramente a atos concernentes ao concurso público, nos quais não se insere a preterição ao direito público subjetivo de nomeação para o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital de abertura, hipótese na qual aplica-se o prazo prescricional de 5 anos do Decreto n. 20.910/1932.
Ademais, havendo preterição de candidato em concurso público, o termo inicial do prazo prescricional recai na data em que foram nomeados outros servidores no lugar dos aprovados na disputa.

12.4. Posse em concurso público por medida judicial precária e "fato consumado"

RE 608482/RN, rel. Min. Teori Zavascki, 7.8.2014.
A posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, II), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário para reformar acordão que, com base na "teoria do fato consumado", concluíra pela permanência da recorrida no cargo público por ela ocupado desde 2002. Discutia-se a possibilidade de manutenção de candidato investido em cargo público em decorrência de decisão judicial de natureza provisória. Na espécie, a recorrida tomara posse no cargo de agente da polícia civil em virtude de medida liminar deferida em ação cautelar, embora ela tivesse sido reprovada na segunda etapa do certame (teste físico) e não tivesse se submetido à terceira fase (exame psicotécnico).
O Tribunal destacou, de início, a existência de conflito entre duas ordens de valores que, ante a incompatibilidade, deveriam ser sopesadas. De um lado, o interesse individual da candidata em permanecer no cargo público que, por força de liminar, exerceria há mais de 12 anos. De outro lado, o interesse público no cumprimento do art. 37, II, da CF e de seus consectários. Em seguida, mencionou que a jurisprudência predominante da Corte seria no sentido da prevalência à estrita observância das normas constitucionais. Asseverou que, na questão em debate, não seria cabível o argumento da boa-fé ou do princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. No ponto, aduziu que essa alegação seria viável quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor seria alçado a determinada condição jurídica ou seria incorporada determinada vantagem ao seu patrimônio funcional, de modo que essas peculiares circunstâncias provocassem em seu íntimo justificável convicção de que se trataria de um "status" ou de uma vantagem legítima. Assim, superveniente constatação da ilegitimidade desses proveitos configuraria comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da Administração, o que poderia autorizar, ainda que em nome do "fato consumado", a manutenção do "status quo", ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. O Colegiado frisou, no entanto, a excepcionalidade dessa hipótese.
A Corte salientou, ainda, que a situação dos autos seria distinta, porquanto a nomeação e posse no cargo teriam ocorrido por provocação da recorrida e contra a vontade da Administração, a qual apresentara resistência no plano processual. Explicitou, também, que o acórdão recorrido não afirmara a plausibilidade do direito de a recorrida permanecer no cargo, mas somente se limitara a aplicar a "teoria do fato consumado", tendo em conta que a liminar vigoraria, à época, há mais de sete anos. O Colegiado observou que, na espécie, não faria sentido invocar-se o princípio da proteção da confiança legítima nos atos administrativos, haja vista que a beneficiária não desconheceria, porque decorrente de lei

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

expressa, a natureza provisória do provimento, cuja revogação poderia se dar a qualquer momento e acarretar automático efeito retroativo. Acrescentou que a concessão das medidas antecipatórias correria por conta e responsabilidade do requerente. Assim, afastado o princípio da proteção da confiança legítima, o Plenário registrou que apenas o interesse individual na manutenção do cargo sobejaria como fundamento para sustentar a conclusão do acórdão impugnado. Considerou, todavia, que a pretensão da recorrida não poderia justificar o desatendimento do superior interesse público no cumprimento das normas constitucionais. Frisou, ademais, que esse interesse individual se oporia, inclusive, ao interesse de mesma natureza de candidato que, aprovado no concurso, fora alijado do cargo, ocupado sem observância das regras constitucionais. Por fim, o Tribunal assegurou à recorrida os vencimentos e as vantagens percebidos até a data do julgamento.

12.5. Concurso público e segunda chamada em teste de aptidão física

Os candidatos em concurso público não têm direito à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia.

É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público. (...) A Corte entendeu que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, a alcançar outros indivíduos e a própria coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato em concurso público configura motivo exclusivamente individual e particular, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem social e do homem solidário. Por ter o Poder Constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas, sob pena de ofender os princípios da isonomia e da razoabilidade. Além disso, o direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar vincula-se estreitamente à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. Tendo em vista a prolongada duração dos concursos públicos e sua tendente escassez, muitas vezes inexiste planejamento familiar capaz de conciliar os interesses em jogo. Por tais razões, as escolhas tomadas muitas vezes impõem às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero. De todo modo, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público, além de previsto em todas as Constituições brasileiras, foi reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. (...) No caso em comento, a melhor alternativa para o resguardo dos interesses envolvidos corresponde à continuidade do concurso público, com a realização de teste físico em data posterior, reservado o número de vagas necessário. Se, após o teste de aptidão física remarcado, a candidata lograr aprovação e classificação, deve ser empossada. Caso contrário, será empossado o candidato ou candidata remanescente na lista de classificação em posição imediatamente subsequente.
[RE 1.058.333, rel. min. Luiz Fux, j. 23-11-2018, P, Informativo 924, Tema 973.]

12.6. Concurso público: impossibilidade de participação de mulheres e isonomia

A imposição de discrímen de gênero para fins de participação em concurso público somente é compatível com a Constituição nos excepcionais casos em que demonstradas a fundamentação proporcional e a legalidade da imposição, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Com base nessa jurisprudência, a 2ª Turma deu provimento a recurso ordinário em mandado de segurança no qual se questionava edital de concurso público para ingresso em curso de formação de oficiais de polícia militar estadual que previa a possibilidade de participação apenas de candidatos do sexo masculino. Assentou-se a afronta ao mencionado princípio da isonomia, haja vista que tanto o edital quanto a legislação que regeria a matéria não teriam definido qual a justificativa para não permitir

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

que mulheres concorressem ao certame e ocupassem os quadros da polícia militar.
RE 528684/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, 3.9.2013. (RE-528684) (Informativo 718, 2ª Turma)

12.7. Dever de intimar o candidato pessoalmente

STJ. RMS 22508 e RMS 21554
A Administração Pública tem o dever de intimar o candidato, pessoalmente, quando há o decurso de tempo razoável entre a homologação do resultado e a data da nomeação, em atendimento aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade. Observe que a mesma situação deverá acontecer ainda que no edital não haja norma prevendo a intimação pessoal de candidato[196]

12.8. Alteração do edital de concurso no decorrer do certamente

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os editais de concursos públicos são inalteráveis no decorrer dos certames, salvo quando alguma alteração se fizer necessária por imposição de lei ou para sanar erro material contido no texto. Permite-se ainda a correção de ambiguidade textual, nos termos da jurisprudência firmada acerca dos erros meramente materiais, desde que o sentido adotado tenha por base deliberação tomada prévia e publicamente pela comissão organizadora, em momento anterior ao início do próprio certame. À falta de elementos probatórios favoráveis à alegada boa-fé dos agravantes e de questionamento específico do ponto referido, considero aplicáveis, mutatis mutandi, os enunciados 279 e 283 da Súmula/STF. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

12.9. Da cláusula de reserva de barreira

O Supremo observou que a fixação de cláusula não implica quebra do princípio da isonomia. O relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, apontou que, com o crescente número de pessoas que buscam ingressar nas carreiras públicas, é cada vez mais usual que os editais estipulem critérios para restringir a convocação de candidatos de uma fase para outra. Ele destacou, ainda, que as regras restritivas em editais, sejam elas eliminatórias ou de barreira, desde que fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho dos candidatos, concretizam o princípio da igualdade e da impessoalidade no âmbito dos concursos públicos.
A norma é razoável e necessária em razão das dificuldades que a administração pública encontra para selecionar os melhores candidatos entre um grande número de pessoas que buscam ocupar cargos públicos.

12.10. Direito Administrativo. Posse em cargo público por menor de idade.

Ainda que o requisito da idade mínima de 18 anos conste em lei e no edital de concurso público, é possível que o candidato menor de idade aprovado no concurso tome posse no cargo de auxiliar de biblioteca no caso em que ele, possuindo 17 anos e 10 meses na data da sua posse, já havia sido emancipado voluntariamente por seus pais há 4 meses.
De fato, o STF consolidou sua jurisprudência quanto à constitucionalidade de limites etários na Súmula n. 683, segundo a qual "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido". No caso em análise, o requisito da idade mínima de 18 anos deve ser flexibilizado pela natureza das atribuições do cargo de auxiliar de biblioteca, tendo em vista que a atividade desse cargo é plenamente compatível com a idade de 17 anos e 10 meses do candidato que já havia sido emancipado

[196] Essa jurisprudência foi cobrada no XII Exame Unificado de Ordem.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

voluntariamente por seus pais há 4 meses. Além disso, o art. 5º, parágrafo único, do CC, ao dispor sobre as hipóteses de cessação da incapacidade para os menores de 18 anos - entre elas, a emancipação voluntária concedida pelos pais (caso em análise) e o exercício de emprego público efetivo -, permite o acesso do menor de 18 anos ao emprego público efetivo. REsp 1.462.659-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1º/12/2015, DJe 4/2/2016.

12.11. Presunção de inocência e eliminação de concurso público

Sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou a ação penal.
Na espécie, foi inadmitida a participação de soldado da Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) — acusado pela suposta prática do delito de falso testemunho — em seleção para o Curso de Formação de Cabos no Quadro de Praças Policiais e Militares Combatentes (QPPMC). O ato de exclusão do candidato foi fundamentado no edital de convocação do referido processo seletivo, que vedaria a participação de concorrente "denunciado por crime de natureza dolosa". Em sede de mandado de segurança, o magistrado de piso assegurou a matrícula e a frequência do soldado no Curso de Formação. Posteriormente, a decisão foi mantida pelo tribunal a quo no acórdão ora recorrido.
Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso (relator), que assentou a necessidade de ponderação entre bens jurídicos constitucionais para a solução da controvérsia posta.
Assim, a questão não poderia ser solucionada a partir de um tradicional raciocínio silogístico, ou dos critérios usuais para resolução de antinomias — hierárquico, de especialidade e cronológico —, haja vista a existência de normas de mesma hierarquia indicando soluções diferentes.
Nessas situações, o raciocínio deve percorrer três etapas:
a) Identificar as normas que postulam incidência na hipótese;
b) Identificar os fatos relevantes ou os contornos fáticos gerais do problema; e
c) Harmonizar as normas contrapostas, calibrando o peso de cada qual e restringindo-as no grau mínimo indispensável, de modo a fazer prevalecer a solução mais adequada à luz de todo o sistema jurídico.
Na espécie, de um lado, destaca-se o princípio da presunção de inocência [Constituição Federal (CF), art. 5º, LVII], reforçado pelos princípios da liberdade profissional (CF, art. 5º, XIII) e da ampla acessibilidade aos cargos públicos (CF, art. 37, I). De outro lado, ressalta-se o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput).
O ministro Roberto Barroso apresentou duas regras para a ponderação dos valores em jogo e a determinação objetiva de idoneidade moral, quando aplicável ao ingresso no serviço público mediante concurso. A primeira, apta a estabelecer parâmetro pelo qual se pode recusar a alguém a inscrição em concurso público, é a necessidade de condenação por órgão colegiado ou de condenação definitiva. Há analogia com a Lei da "Ficha Limpa" (LC 135/2010), critério que já foi aplicado mesmo fora da seara penal.
A segunda regra é a necessidade de relação de incompatibilidade entre a natureza do crime e as atribuições do cargo. Nem toda condenação penal deve ter por consequência direta e imediata impedir alguém de se candidatar a concurso público.
Entretanto, para concorrer a determinados cargos públicos, pela natureza deles, é possível, por meio de lei, a exigência de qualificações mais restritas e rígidas ao candidato. Por exemplo, as carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça — Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública — e da segurança pública.
O relator concluiu que a solução mediante o emprego dessas regras satisfaz o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, visto que é: a) adequada, pois a restrição imposta se mostra idônea para proteger a moralidade administrativa; b) não excessiva, uma vez que, após a condenação em segundo grau, a probabilidade de manutenção da condenação é muito grande e a exigência de relação entre a infração e as atribuições do cargo mitiga a restrição; e c) proporcional em sentido estrito, na medida em que a atenuação do princípio da presunção de inocência é compensada pela contrapartida em boa administração e idoneidade dos servidores públicos.

Para ele, a negativa de provimento ao recurso é reforçada pelo fato de ter havido a

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

suspensão condicional do processo. Não fosse o longo período entre o oferecimento da denúncia e a audiência de suspensão condicional, provavelmente o processo criminal não estaria em curso no momento em que o recorrido foi excluído do aludido curso.

12.12. É inconstitucional a fixação de critério de desempate em concursos públicos que favoreça candidatos que pertencem ao serviço público de um determinado ente federativo[197].

Critério que se revela ilegítimo, pois não assegura a seleção do candidato mais capacitado ou experiente, já que favorece o servidor estadual, em detrimento de servidores federais, municipais e de trabalhadores da iniciativa privada que tenham tempo superior de exercício profissional, e ademais desvinculado das aptidões necessárias ao cargo a ser provido.
Violação dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Afronta ao disposto no art. 19, III, da CF/88, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

13. OUTRAS JURISPRUDÊNCIAS SOBRE AGENTES PÚBLICOS

13.1 Proibição de tatuagem a candidato de concurso público é inconstitucional – RE 898.450/2016

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público. Foi dado provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898450, com repercussão geral reconhecida, em que um candidato a soldado da Polícia Militar de São Paulo foi eliminado por ter tatuagem na perna. “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”, foi a tese de repercussão geral fixada.
O relator do RE, ministro Luiz Fux, observou que a criação de barreiras arbitrárias para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Em seu entendimento, qualquer obstáculo a acesso a cargo público deve estar relacionado unicamente ao exercício das funções como, por exemplo, idade ou altura que impossibilitem o exercício de funções específicas. Salientou que a jurisprudência do STF prevê que o limite de idade previsto em lei é constitucional, desde que justificável em relação à natureza das atribuições do cargo a ser exercido.
O ministro destacou que a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma transgressão ou conduta atentatória aos bons costumes. Segundo ele, a tatuagem passou a representar uma autêntica forma de liberdade de manifestação do indivíduo, pela qual não pode ser punido, sob pena de flagrante violação dos princípios constitucionais. Para o ministro Fux, o respeito à democracia não se dá apenas na realização de eleições livres, mas também quando se permite aos cidadãos se manifestarem da forma que quiserem, desde que isso não represente ofensa direta a grupos ou princípios e valores éticos.
Em seu entendimento, o desejo de se expressar por meio de pigmentação definitiva não pode ser obstáculo a que um cidadão exerça cargo público. “Um policial não se torna melhor ou pior em suas funções apenas por ter tatuagem”, afirmou.
O relator destacou que o Estado não pode querer representar o papel de adversário da liberdade de expressão, impedindo que candidatos em concurso ostentem tatuagens ou marcas corporais que demonstrem simpatia por ideais que não sejam ofensivos aos preceitos e valores protegidos pela Constituição Federal. “A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada pelo Estado”, ressaltou o ministro.
Em seu voto, o ministro Fux assinalou que tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição

[197] [ADI 5.358, rel. Roberto Barroso, j. 30-11-2020, P, DJE de 15-12-2020]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

devem ser coibidas. Observou, por exemplo, que um policial não pode ostentar sinais corporais que signifiquem apologias ao crime ou exaltem organizações criminosas. Entretanto, não pode ter seu ingresso na corporação impedido apenas porque optou por manifestar-se por meio de pigmentação definitiva no corpo.
O relator explicou que as Forças Armadas vedam o ingresso de pessoas com tatuagens que transmitam mensagens relacionadas à violação da lei e da ordem, tais como as que discriminem grupos por sua cor, origem, credo, sexo, orientação sexual ou que incitem o consumo de drogas ou a prática de crimes, por entender que são incompatíveis com a função militar.

13.2. A acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde,

Prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexiste tal requisito na Constituição Federal.[198]

13.3. Da Indenização por danos materiais em decorrência de nomeação tardia para cargo público em razão de decisão judicial

É indevida a indenização por danos materiais a candidato aprovado em concurso público cuja nomeação tardia decorreu de decisão judicial. O STJ mudou o entendimento sobre a matéria e passou a adotar a orientação do STF no sentido de que não é devida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva para que se procedesse à nomeação de candidato para cargo público. Assim, não assiste ao concursado o direito de receber o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente, pois essa situação levaria a seu enriquecimento ilícito em face da inexistência da prestação de serviços à Administração Pública. Precedentes citados: EREsp 1.117.974-RS, DJe 19/12/2011, e AgRg no AgRg no RMS 34.792-SP, DJe 23/11/2011. **AgRg nos EDcl nos EDcl no RMS 30.054-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19/2/2013 (Informativo nº 0515).**

13.4 O espólio não possui legitimidade passiva ad causam na ação de ressarcimento de remuneração indevidamente paga após a morte de ex-servidor e recebida por seus herdeiros.

Configura ato ilícito o saque de dinheiro disponibilizado, a título de remuneração para servidora falecida, por seus herdeiros. Como essa remuneração não tem razão de ser, o pagamento é indevido, gera o enriquecimento de quem não era titular da quantia e o dever de restituição.
Pessoas naturais possuem personalidade jurídica entre seu nascimento com vida e o momento de sua morte. Com efeito, o ex-servidor público não tinha mais personalidade jurídica quando o ente federativo depositou a quantia ora pleiteada.
Assim, para que se possa ser titular de direitos e obrigações (deveres), necessita-se de personalidade jurídica. Se o de cujus não tinha mais personalidade, não poderia se tornar titular de deveres. Ademais, o falecimento é causa de vacância do cargo público, de modo a não existir mais vínculo jurídico-administrativo entre a Administração Pública e o servidor, após o falecimento deste.
Nesse contexto, o espólio responde pelas dívidas do falecido e, por isso, não deve responder pelo enriquecimento sem causa dos herdeiros que não é atribuível ao falecido.
Logo, se o espólio não pode ser vinculado, nem mesmo abstratamente, ao dever de restituir, também não pode ser considerado parte legítima na ação nos termos do art. 17 do CPC/2015. (REsp 1.805.473-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, por

[198] STF. 1ª Turma. RE 1176440/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 9/4/2019 (Info 937)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

unanimidade, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020)

13.5. Restituição ao erário dos valores indevidamente recebidos por servidor público

A) A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.244.182/PB, firmou o entendimento de que não é devida a restituição de valores pagos a servidor público de boa-fé, por força de interpretação errônea ou má aplicação da lei por parte da Administração.

Muito cuidado, pois o STJ, no REsp 1.769.306/AL, fixou o seguinte entendimento: Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

B) A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, em virtude da natureza alimentar, não é devida a restituição dos valores que, por força de decisão transitada em julgado, foram recebidos de boa-fé, ainda que posteriormente tal decisão tenha sido desconstituída em ação rescisória.

C) É devida a restituição ao erário dos valores de natureza alimentar pagos pela Administração Pública a servidores públicos em cumprimento a decisão judicial precária posteriormente revogada. Não é possível, em tais casos, aplicar o entendimento de que a restituição não seria devida, sob o argumento de que o servidor encontrava-se de boa fé, porquanto sabedor da fragilidade e provisoriedade da tutela concedida. Precedente citado: EREsp 1.335.962-RS, Primeira Seção, DJe 2/8/2013. EAREsp 58.820-AL, **Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 8/10/2014**

D) A jurisprudência do STF[199] afirma a desnecessidade de restituição de parcelas recebidas por decisão judicial posteriormente revogada em razão de mudança da jurisprudência. A orientação ampara-se: (i) na confiança legítima que tinham os beneficiários de a pretensão ser acolhida; e (ii) no lapso temporal transcorrido entre o deferimento da liminar e a sua revogação.

13.6. Informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público

As informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público não configuram prova ilícita quando relacionadas com aspectos "não pessoais" e de interesse da Administração Pública e da própria coletividade, especialmente quando exista, nas disposições normativas acerca do seu uso, expressa menção da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo **(STJ. 2ª Turma. RMS 48.665-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 15/9/2015 (Info 576).**

13.7. Teoria do Fato Consumado e remoção de servidor

A “teoria do fato consumado" não pode ser aplicada para consolidar remoção de servidor

[199] STF. (MS 32185 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 02-08-2019 PUBLIC 05-08-2019).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

público destinada a acompanhamento de cônjuge, em hipótese que não se adequa à legalidade estrita, ainda que tal situação haja perdurado por vários anos em virtude de decisão liminar não confirmada por ocasião do julgamento de mérito

Busca-se a uniformização do entendimento no STJ quanto à aplicação da "teoria do fato consumado" para consolidar remoção ilegal de servidor público, concedida com fundamento em provimento judicial de natureza precária, não mais em vigor. A fim de indicar a divergência entre órgãos julgadores do STJ, aduz-se como acórdão paradigma o AgRg no REsp 1.453.357-RN (Segunda Turma, DJe 9/10/2014), segundo o qual a "teoria do fato consumado visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando, contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento judicial de natureza precária". Em uma primeira linha, a teoria do fato consumado tem sido aplicada, no âmbito judicial, para as hipóteses em que, pela própria lei da natureza, não haveria como desfazer os acontecimentos decorrentes do ato viciado. Também tem sido reconhecida a incidência da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a Administração permite, por vários anos, a permanência de situação contrária à legalidade estrita, atribuindo ares de legalidade a determinada circunstância, e, assim, fazendo crer que as pessoas agem de boa-fé, conforme o direito. Nessa perspectiva, a teoria do fato consumado guarda íntima relação com a convalidação dos atos administrativos, atualmente regulada pelo artigo 54 da Lei n. 9.784/99. Quanto aos comportamentos das partes ao longo do tempo, faz-se necessário, para que se tenha por aplicável a teoria do fato consumado, distinguir duas situações que podem ocorrer quando se pratica um ato equivocado. A primeira situação corresponde à hipótese em que um ato contrário à lei é praticado sem dolo e sem contestação, tendo vigência por anos a fio, e assim atribuindo à situação fática ares de legalidade, atraindo para si o valor da segurança jurídica. Há, nesses casos, de ser preservada a estabilidade das relações geradas pelo ato inválido, cuja regularidade manteve-se inconteste por anos, fazendo convalescer o vício que originalmente inquinava sua validade. Protege-se, com isso, a boa-fé e o princípio da confiança legítima do administrado, a ela associado. Situação diversa é aquela em que determinado ato é praticado sob contestação das pessoas envolvidas, que o reputam irregular e manifestam a existência de tal irregularidade nas vias adequadas, mas que, por causa da demora no transcurso do procedimento destinado à apuração da legalidade do ato, termina por gerar efeitos no mundo concreto. Nessa última hipótese, verificada ou confirmada a ilegalidade, sendo ainda possível, o ato deve ser desfeito, preservando-se apenas aquilo que, pela consolidação fática irreversível, não puder ser restituído ao status quo ante. Mesmo nesses casos, se ficar configurado prejuízo decorrente do fato irreversível, deve ser ressalvada à parte prejudicada o direito de exigir perdas e danos. E, embora se reconheça o relevante valor social da família, cuja proteção encontra-se determinada pela própria Constituição Federal, o STF já assentou que o artigo 226 da Lei Fundamental não é motivo suficiente, por si só, para garantir ao servidor o direito a lotação na cidade em que possui vínculos afetivos. Por outro lado, a remoção de servidor fora das hipóteses legais termina por desbalancear o quadro de lotação dos órgãos públicos, retirando da Administração a discricionariedade que a lei lhe outorgou na distribuição de sua força de trabalho, segundo as reais necessidades do serviço público. A teoria do fato consumado não se presta, assim, para mitigar a interpretação do art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/90, assegurando ao servidor lotação para acompanhamento de cônjuge fora da estrita moldura normativa. Não se deve perder de vista que a teoria do fato consumado é de aplicação excepcional e deve ser adotada com cuidado e moderação, para que não sirva de mecanismo para premiar quem não tem direito pelo só fato da demora no julgamento definitivo da causa em que fora deferida uma decisão liminar, cuja duração deve ser provisória por natureza. Com essas considerações, tem-se por inaplicável a teoria do fato consumado para consolidar remoção destinada a acompanhamento de cônjuge, em situação que não se adéqua à legalidade estrita, mitigando a interpretação do artigo 36, III, "a", da Lei n. 8.112/90, ainda que tal situação haja perdurado por vários anos em virtude de decisão liminar não confirmada quando do julgamento de mérito. EREsp 1.157.628-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, por maioria, julgado em 7/12/2016, DJe 15/2/2017.

13.8. Instauração de PAD de servidor cedido

A instauração de processo disciplinar contra servidor efetivo cedido deve dar-se,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

preferencialmente, no órgão em que tenha sido praticada a suposta irregularidade, mas o julgamento e a eventual aplicação de sanção, quando findo o prazo de cessão e já tendo o servidor retornado ao órgão de origem, só podem ocorrer no órgão ao qual o servidor público federal efetivo estiver vinculado.
Cingiu-se a discussão, entre outras questões, a definir a competência para instaurar e julgar processo disciplinar, bem como para aplicar a respectiva sanção a servidor público federal que praticou falta funcional no exercício de cargo em comissão em órgão para o qual foi cedido. "Tratando-se de conduta praticada pelo agente público durante o período em que esteve cedido, é legítima a instauração do processo administrativo disciplinar pelo órgão em que foi praticada a irregularidade. Nesse sentido, extrai-se do Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União: 'No aspecto espacial, o processo disciplinar será instaurado, preferencialmente, no âmbito do órgão ou instituição em que supostamente tenha sido praticado o ato antijurídico, facilitando-se a coleta de provas e a realização de diligências necessárias à elucidação dos fatos. No caso de infrações cometidas por servidores cedidos a outros órgãos, a competência é do órgão onde ocorreu a irregularidade para a instauração do processo disciplinar. Todavia, como o vínculo funcional do servidor se dá com o órgão cedente, apenas a este incumbiria o julgamento e a eventual aplicação da penalidade (Nota Decor/CGU/AGU n. 16/2008-NMS).' Cessada, contudo, toda relação do servidor com o órgão cessionário, é natural que qualquer aplicação de penalidade se dê pelo órgão cedente. Nesse caso, caberia ao órgão cessionário tão somente rescindir o contrato de cessão e devolver o servidor, além de instaurar o procedimento administrativo disciplinar, que, como salientado, será julgado pelo órgão cedente. Por fim, cabe esclarecer que o julgamento e aplicação da sanção são um único ato, que se materializa com a edição de despacho, portaria ou decreto, proferidos pela autoridade competente, devidamente publicado para os efeitos legais, conforme se dessume do disposto nos artigos 141, 166 e 167 do RJU."

14. DIREITOS TRABALHISTAS EXTENSÍVEIS AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Os servidores estatutários, de acordo com a Constituição da República, possuem alguns direitos trabalhistas. Segue abaixo a lista de direitos a eles assegurados.

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender aàs suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
IX- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüUentacinquenta por cento à do normal;
XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. INTRODUÇÃO

Em que pese os exista a previsão constitucional ao direito à propriedade privada, o Estado possui o chamado domínio eminente em relação a todos os bens, sejam eles públicos ou privados. Assim, o domínio eminente evidencia-se como um poder geral do Estado sobre tudo quanto esteja em suas linhas territoriais em decorrência de sua própria soberania.

Nesse contexto, também se faz necessário destacar a necessidade de a propriedade desenvolver sua função social. Desse modo, diante de tais peculiaridades e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do poder de polícia, é possível que o Estado determine intervenções na propriedade para que se alcance o interesse público.

A intervenção do Estado sobre a propriedade privada tem previsão constitucional expressa no art. 5º, XXIII ao XXV e no art. 170, III da CR/88, sendo possível falar em intervenções restritivas, que serão abordadas neste tópico e não retiram a propriedade do seu titular, e supressiva, consistente na desapropriação, em que há alteração da titularidade do bem, a ser abordada em tópico próprio.

2. ESPÉCIES

2.1 Limitações Administrativas

Consiste em restrição com caráter geral e abstrata, podendo consistir em obrigação de fazer, não fazer ou permitir, em prol da proteção de interesses públicos abstratos e da concretização de sua função social, atingindo número indeterminado de pessoas.

É possível citar como exemplo a restrição de se construir edifício com altura superior a 6 (seis) andares em determinada região ou também a limitação da produção de barulho superior a determinada quantidade de decibéis após determinado horário da noite.

Destaque-se que tais limitações podem alcançar bens móveis, imóveis e também atividades particulares e são instituídas por meio de lei ou ato administrativo de caráter geral. É estabelecida em caráter de definitividade e, pelo seu caráter geral, não enseja indenização.

Entretanto, o STJ admite pagamento de eventual indenização quando ocorre o esvaziamento econômico do bem.[200]

2.2 Requisição administrativa

A requisição administrativa possui fundamento constitucional expresso no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

É medida de intervenção do estado na propriedade com caráter de urgência e pode recair sobre serviços particulares, bens imóveis e bens móveis, como no clássico exemplo em que o agente público assume veículo de particular em busca de indivíduo que acabou de cometer um delito.

[200] AgRg no REsp 1.317.806/MG

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

É marcadamente uma forma de intervenção transitória, que será instituída pode meio de ato administrativo autoexecutório, desde que por agente público competente e voltado à finalidade de interesse público.

Somente haverá indenização se houve comprovação de dano e seu pagamento ocorrerá em momento posterior.

A lei 13.979/2020 autorizou a requisição de bens e serviços no contexto da pandemia do coronavírus. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, na ACO 3463, entendeu pela impossibilidade de a União requisitar insumos (agulhas e seringas) contratados pelo Estado de São Paulo e destinados à execução do plano estadual de imunização contra a Covid-19. Isso porque a requisição nao pode se voltar contra bem ou serviço de outro ente federativo, sob pena de indevida interferência na sua autonomia.

2.3 Servidão Administrativa

Trata-se de situação em que há o estabelecimento de restrições que atingem o caráter de exclusividade do bem, incidindo sobre propriedade imóvel determinada para que se permita a execução de obras e serviços de interesse coletivo.

Trata-se de um direito real público em que se desenvolve uma relação concreta entre a coisa serviente (propriedade sobre a qual se institui a servidão) e a coisa dominante (serviço ou bem destinado a utilidade pública). São exemplos comuns a implementação de um oleoduto que passa por aquela determinada propriedade ou a instalação de postes de rede elétrica que passa por determinada propriedade privada.

Nesse sentido, é possível inferir que a servidão administrativa institui verdadeira obrigação de se permitir ao estado a utilização de sua propriedade imóvel para a implementação daquele serviço ou obra pública.

A restrição ora em análise possui caráter de definitividade e pode ser instituída das seguintes maneiras:

- acordo administrativo, celebrado por meio de escritura pública e precedido de declaração de utilidade pública;
- sentença judicial;
- por lei, dispensando, neste caso, qualquer ato jurídico posterior, como a determinação de inscrição no registro de imóveis, tal como exigido nas demais hipóteses.

Em regra, não há direito há indenização, mas essa será devida no caso de comprovação de efetivo prejuízo e a ele será proporcional.

2.4 Ocupação temporária

Trata-se de espécie de intervenção estatal na propriedade em que ocorre o uso transitório de bens imóveis como meio de apoio para a execução de obras e serviços públicos. Não se confunde com a servidão administrativa, notadamente, entre outras diferenças, por não possuir caráter de definitividade, tampouco consistir em direito real público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

É possível visualizar a ocupação temporária no caso em que está sendo realizado o recapeamento asfáltico de determinada região e é necessário deixar "estacionado" durante a noite o maquinário em propriedade privada vizinha ao local.

A ocupação temporária é instituída por meio de ato administrativo e pode ser gratuita ou ensejar reparação indenizatória posterior no caso de demonstração de prejuízo.

2.5 Tombamento

O tombamento é modalidade de intervenção do Estado sobre a propriedade que tem fundamento constitucional no sentido de que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, §1º, CF).

A regulamentação acerca do patrimônio histórico e artístico nacional é prevista no Decreto-lei 25/1937, sendo os regramentos específicos do tombamento estabelecidos nos arts. 4º ao 21.

O tombamento, portanto, como modalidade de intervenção do Estado na propriedade é forma de proteção do patrimônio acima mencionado, impedindo sua destruição ou descaracterização.

A instituição do tombamento ocorre por meio de um procedimento administrativo que, por sua vez, culmina com a edição de um ato administrativo com posterior registro em um livro do tombo. A partir daí aquele bem será submetido a um regime especial de propriedade com o escopo de protegê-lo, sendo possível recair sobre bens móveis e imóveis. O STF já admitiu a sua instituição por meio de lei, conforme ACO 1.208.

O tombamento pode ser voluntário, quando de iniciativa de seu próprio proprietário ou quando este não se opõe, ou pode ser compulsório, quando ocorre por meio de uma imposição estatal. Também pode ser provisório, quando ocorre durante o processo administrativo, configurando medida assecuratória de preservação do bem, conforme entendimento do STJ; e pode ser definitivo, após a conclusão do procedimento administrativo e seu registro no livro do tombo.

Em regra, os bens tombados nao ensejam o pagamento de indenização, salvo excepcional situação de comprovado esvaziamento do conteúdo econômico do bem.

Entre os principais efeitos do tombamento, é possível citar:

- preservação e conservação do bem tombado;
- a realização de reparos, pinturas ou restaurações somente pode acontecer com autorização do Poder Público;
- se o proprietário do bem não possuir recursos para sua conservação deve ser comunicado ao órgão que realizou o tombamento;
- o Poder Público pode realizar medidas de urgência;
- as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado;
- o bem tombado comente pode sair do país por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O Código de Processo civil de 2015 institui regra específica acerca do direito de preferência na aquisição de bens tombados, revogando previsão anterior contida no Dec-lei 25/1937. Desse modo, somente haverá o direito de preferência no caso de alienação judicial, de modo que, no caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta, conforme art. 892, §3º, do CPC.

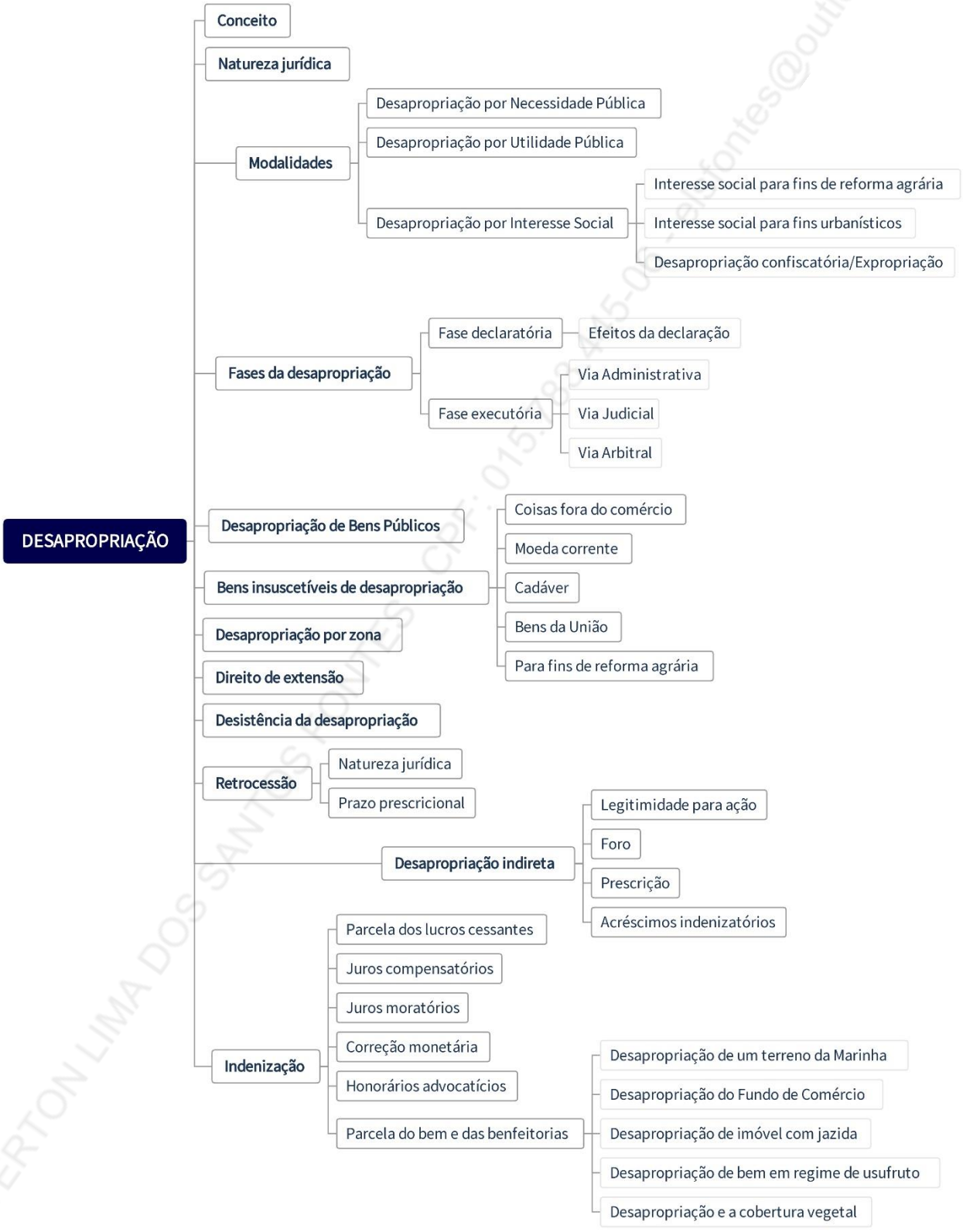
Por fim, registra-se que o tombamento pode eventualmente ser desfeito de ofício ou por solicitação do interessado.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

13

DESAPROPRIAÇÃO



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO

A desapropriação é uma modalidade de intervenção supressiva na propriedade. Possui como fundamento o art. 5º, XXIII e XXIV da CR/88. De acordo com o Carvalho Filho, "desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização".[201]

A desapropriação é uma modalidade de **aquisição originária** da propriedade. Assim, com a desapropriação consideram-se extintos os direitos reais de terceiros sobre a coisa. O bem ingressa no patrimônio do poder público sem qualquer ônus em favor de terceiro.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STF) entendeu que o ente desapropriante não responde por tributos incidentes sobre o imóvel desapropriado nas hipóteses em que o período de ocorrência dos fatos geradores é anterior ao ato de aquisição originária da propriedade.[202]

De acordo com o art. 31 do Decreto-Lei 3.365/41, ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. Em outras palavras, quer-se dizer que o credor terá o seu direito real substituído pelo preço total ou parcial da indenização.

Ex.: Hipoteca sobre um bem desapropriado. O bem ingressa no patrimônio público sem a hipoteca. Contudo, o credor hipotecário terá direito a toda a indenização ou a parte dela, a depender do valor da hipoteca.

2. NATUREZA JURÍDICA

A desapropriação é um procedimento administrativo, isto é, um conjunto de atos e atividades produzidos em sequência, com vistas a ser alcançado determinado objetivo. O procedimento da desapropriação pode possuir duas fases. A primeira é a administrativa, na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação. Às vezes, a desapropriação se encerra nessa fase, quando há acordo com o proprietário do bem. A segunda fase é a judicial, na qual o Poder Público ajuíza uma ação contra o proprietário. Esta situação ocorre quando não há acordo entre as partes envolvidas.

3. MODALIDADES

Necessidade Pública;

Utilidade Pública;

Interesse Social;

Confiscatória/ Expropriatória.

3.1. Desapropriação por Necessidade Pública

Essa modalidade de desapropriação não possui nenhuma lei que a discipline.

---

[201] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. P. 820.

[202] REsp 1.668.058-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, por unanimidade, julgado em 8/6/2017, DJe 14/6/2017

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Desapropriação por Utilidade Pública

Essa modalidade de desapropriação é regulada pelo Decreto-Lei 3.365/41. Essa desapropriação pode ser feita por qualquer ente federado.

O art. 5º do DL 3.365/41 elenca quais são os casos de utilidade pública[203].

3.3. Desapropriação por Interesse Social

Essa modalidade de desapropriação é regulada pela Lei n.º 4.132/62. O art. 2º da referida lei elenca quais são os casos de interesse social.[204] A desapropriação aqui tratada divide-se em outras duas espécies, quais sejam: a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária e para fins urbanísticos.

---

[203] Art. 5o Consideram-se casos de utilidade pública:

a) a segurança nacional;

b) a defesa do Estado;

c) o socorro público em caso de calamidade;

d) a salubridade pública;

e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;

f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;

g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúdes, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.

[204] Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.3.1. Interesse Social para fins de Reforma Agrária

Essa é uma desapropriação sanção, uma vez que possui caráter punitivo. De acordo com o art. 184 da CR/88, compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Importante observar que somente a terra nua e as benfeitorias voluptuárias serão pagas em títulos da dívida agrária (TDA). As benfeitorias necessárias e úteis serão indenizadas em dinheiro, de acordo com o art. 184, § 1º da CR/88.

O § 3º do mesmo artigo constitucional estabelece que caberá à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. Esse dispositivo é regulamentado pela Lei Complementar n.º 76/93.

Ainda, de acordo com o art. 184, § 5º da CR/88, são isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. Frisa-se que os bens desapropriados manterão sua condição de bens públicos enquanto não se der a sua transferência aos beneficiados.

Ademais, o art. 185 da CR/88 estabelece as propriedades que são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:1) a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não **possua** outra e 2) a propriedade produtiva.

Perceba, ainda, nos termos da Súmula 354 do STJ, a invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária.

Interessante atentar-se para o fato do Estado-membro poder realizar desapropriação de imóveis rurais, somente não podendo fazê-la alegando o motivo da reforma agrária. Deve, portanto, o Estado desapropriar imóvel rural por necessidade ou utilidade pública.

3.3.2. Interesse Social para fins Urbanísticos

Essa é uma outra modalidade de desapropriação sanção, de competência do município.

De acordo com o art. 182, § 4º da CFR/88 é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal[205], do proprietário do solo

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

[205] É a Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

> **I.** parcelamento ou edificação compulsórios;
> **II.** imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> **III.** desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Observe que a indenização da terra nua e das benfeitorias serão pagas em Títulos da Dívida Pública (TDP).

Faz-se importante o estudo dos artigos 5º a 8º do Estatuto da Cidade, que especificam cada uma das medidas acima.

8. Primeiramente, estudaremos o parcelamento e a edificação compulsórios.

Nesse sentido, o art. 5º do EC estabelece que lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórias do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.;

O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

A notificação far-se-á:

> **Estatuto da Cidade, Art. 5º, § 3º:**
> **I –** por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;
> **II –** por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

Os prazos acima não poderão ser inferiores a:

> **Estatuto da Cidade. Art. 5º, § 4º:**
> **I -** um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;
> **II -** dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Por sua vez, o art. 6º do EC estabelece que a transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5oº desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos.

9. Agora, passaremos a estudar o IPTU progressivo no tempo.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o art. 7º do EC, em caso de não cumprimento das obrigações de parcelamento, edificação e utilização compulsórios, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa da desapropriação.

Ademais, é vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

10. Por fim, estudaremos a desapropriação com pagamento em títulos.

De acordo com o art. 8º do EC, caput, decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

> **§ 1º** Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.
> **§ 2º** O valor real da indenização:
> **I –** refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2o do art. 5o desta Lei;
> **II –** não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.
> **§ 3º** Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.
> **§ 4º** O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.
> **§ 5º** O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.
> **§ 6º** Ficam mantidas para o adquirente de imóvel as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

3.3.3. Desapropriação Confiscatória/ Expropriação

A desapropriação em análise também é uma modalidade sancionatória, na qual não há o pagamento de nenhuma indenização. A desapropriação confiscatória está estabelecida no art. 243 da CFR/88 e é regulado pela Lei n.º 8.257/91.

De acordo com o art. 243 da CR/88, as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

> **Parágrafo único.** Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o STF, toda a gleba deve ser desapropriada e não somente o local da plantação.

Por fim, a expropriação prevista no art. 243 da CF pode ser afastada, desde que o proprietário comprove que não incorreu em culpa, ainda que in vigilando ou in eligendo (RE 635336).

4. FASES DA DESAPROPRIAÇÃO

- **Fase Declaratória**
- **Fase Executória**

4.1. Fase Declaratória

A fase declaratória é aquela em que o desapropriante declara o bem de utilidade pública ou de interesse social para fins de desapropriação. Esta fase exterioriza um ato de soberania, um ato de império.

De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei 3.365/41, a declaração é de competência da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios. Essa é a regra estabelecida para a declaração de desapropriação. Salienta-se, todavia, que há algumas exceções, nas quais algumas autarquias poderão declarar um bem para fins de desapropriação, desde que possuam autorização legislativa.

Atenção: o DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte) pode declarar um bem para fins de desapropriação visando à implantação do Sistema Nacional de Viação. – Art. 82, IX da Lei 10.233/01.

A ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) também possui a competência declaratória, com o objetivo de serem desapropriadas áreas para a instalação de concessionários e permissionários de energia elétrica. - Art. 10 da Lei 9.074/95

O particular não pode declarar o bem para fins de desapropriação, ainda que prestador de serviço público.

Observe que de acordo com o art. 6º e o art. 8º do DL 3.365/41, a declaração de utilidade pública pode ocorrer por meio de Decreto dos Chefes do Poder Executivo; ou por meio de Lei do Poder Legislativo. Este decreto e esta lei são os chamados decreto e lei de efeitos concretos, uma vez que não possuem o caráter da generalidade e abstração. São decreto e lei em sentido formal, mas são atos administrativos em sentido material. Dessa forma, pode ser impugnado via Mandado de Segurança.

Atenção: o Enunciado 4 do CJF, que afirma que o ato declaratório da desapropriação, por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social, deve ser motivado de maneira explícita, clara e congruente, não sendo suficiente a mera referência à hipótese legal.

4.1.1. Efeitos da Declaração

Observação: A declaração de desapropriação não tem o condão de suprimir a propriedade do particular.

a) A Declaração Fixa o Estado do Bem

É com a declaração que se saberá o valor da indenização a ser paga pelo poder público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

De acordo com o art. 26, § 1º do DL 3.365/41, as benfeitorias necessárias serão indenizadas, ainda que feitas após a declaração de desapropriação. Por sua vez, as benfeitorias úteis serão indenizadas somente se autorizadas pelo poder público. Por fim, as benfeitorias voluptuárias não serão indenizadas.

Ainda, o art. 2º, § 4º da Lei n.º 8629/93 afirma que, no caso de reforma agrária, não será considerada qualquer modificação introduzida ou ocorrida até 6 meses após a data da comunicação da desapropriação. As modificações poderão ocorrer após esses 6 meses.

> **SÚMULA Nº 23 STF** - verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.

b) Direito de Penetração – art. 7º do DL 3.365/41

Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.

O direito de penetração não transfere a posse. O poder público entra, mas sai do bem, exatamente por não haver a posse. A penetração ocorre para que o expropriante adentre no bem para realizar determinadas atividades.

c) Início do prazo decadencial para que a fase executória tenha Início

De acordo com o Art. 10 do DL 3.365/41, Aa desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de 5 anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração. Em outras palavras, tem-se o prazo de 5 anos da data da expedição do decreto para iniciar a fase executória. Passado o prazo, somente depois de 1 ano é que o bem poderá ser objeto de nova declaração. Isto de acordo com o art. Art. 10 do DL 3.365/41.

O prazo de 5 anos refere-se para a declaração de utilidade pública. No caso de interesse social, o prazo de caducidade será de 2 anos, de acordo com o art. 2º da Lei nº 4.132/62.

d) Preferência daquele ente que declara um bem para desapropriação em 1º lugar, quando 2 entes de mesma hierarquia desejam desapropriar um bem móvel

Observe que a preferência ocorre somente do bem móvel, afinal, em relação ao bem imóvel somente o ente em que este se situa poderá proceder com a declaração de desapropriação.

e) Imissão Provisória na Posse

Para que haja a imissão provisória na posse é necessário a presença de 2 requisitos, quais sejam, 1) a declaração de urgência e 2) que seja depositado o valor de acordo com o que a lei estabelecer, independente da citação do réu[206].

[206] De acordo com o STF, por meio da súmula 652, não há inconstitucionalidade nessa situação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Observe que presentes ambos os requisitos, o expropriante tem direito subjetivo à imissão provisória na posse, não podendo o juiz indeferi-la.

> **DL 3.365/41, Art. 15:**
> **§ 2º** A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias.
> **§ 3º** Excedido o prazo não será concedida a imissão provisória.
> **§ 4º** A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente.

Nos termos do art. 34-A do DL 3.365/41, caput, se houver concordância, reduzida a termo, do expropriado, a decisão concessiva da imissão provisória na posse implicará a aquisição da propriedade pelo expropriante com o consequente registro da propriedade na matrícula do imóvel.

> **DL 3.365/41, Art. 34-A**
> **§ 1º** A concordância escrita do expropriado não implica renúncia ao seu direito de questionar o preço ofertado em juízo.
> **§ 2º** Na hipótese deste artigo, o expropriado poderá levantar 100% (cem por cento) do depósito.
> **§ 3º** Do valor a ser levantado pelo expropriado devem ser deduzidos os valores dispostos nos §§ 1ºo e 2ºo do art. 32 deste Decreto-Lei, bem como, a critério do juiz, aqueles tidos como necessários para o custeio das despesas processuais.

A imissão é uma situação facultada ao expropriante. Não é obrigatório requerer a imissão provisória. Contudo, na desapropriação por reforma agrária, a imissão provisória é fase obrigatória, nos termos do art. 6º, I da LC nº 76/93.

Por fim, é importante observar que que o art. 1º do DL 1.075/70, que versa sobre a desapropriação de prédio urbano residencial, possibilita também a imissão provisória na posse, mediante o depósito do preço oferecido. Este depósito pode ser impugnado. Havendo a impugnação, o juiz fixará, em 48 horas, o valor provisório do imóvel. Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado.

4.2. Fase Executória

A fase executória envolve, de fato, os atos de transferência da propriedade. Essa competência irá desde a negociação com o proprietário até a finalização do processo judicial expropriatório, passando pelo próprio ajuizamento da ação de desapropriação.

Têm competência para proceder a fase executória os entes da Administração Pública Direta, da Administração Pública Indireta, bem como os Concessionários e Permissionários de serviço público. Atente-se que estes delegatários de serviços públicos somente podem proceder com a desapropriação se expressamente autorizados em lei ou contrato.

Observe que aquele que realiza a fase executória é quem irá pagar a indenização da desapropriação.

4.2.1. Via Administrativa

A desapropriação efetivada por meio da via administrativa é aquela em que houve acordo entre o Poder Público e o proprietário. O que se pretende com o acordo é evitar a ação de desapropriação no Poder Judiciário. A doutrina denomina a desapropriação ocorrida na via administrativa de desapropriação amigável.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Importante observar que esta desapropriação amigável é, na verdade, um negócio jurídico bilateral, translativo e oneroso, retratando verdadeiro contrato de compra e venda.

4.2.2. Via Judicial

Não havendo acordo na via administrativa, não resta outra solução senão o ajuizamento de uma ação para solucionar o conflito de interesses entre o Poder Público e o Proprietário.

OBS.: de acordo com o Art. 9º DL 3.365/41 - Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Este dispositivo deve ser entendido da seguinte forma: O Poder Judiciário pode verificar se há ou não os casos de utilidade pública. Contudo, deve fazê-lo em ação autônoma, e não no processo expropriatório.

ATENÇÃO:!!!

1 – De acordo com o Enunciado 3 do CJF, não constitui ofensa ao artigo 9º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 o exame por parte do Poder Judiciário, no curso do processo de desapropriação, da regularidade do processo administrativo de desapropriação e da presença dos elementos de validade do ato de declaração de utilidade pública.

2 – Na Contestação da ação de desapropriação, o réu somente poderá versar sobre vícios do processo judicial ou impugnação ao preço. Qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta. A expressão vícios do processo deve ser entendida como a carência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Dessa forma, o réu pode alegar a ilegitimidade das partes, falta de interesse de agir, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada entre outras situações.

A ação de desapropriação deve ser ajuizada, como regra, no foro da situação do bem. Caso a União seja a autora, o foro será a capital do Estado onde for domiciliado o réu ou no DF. Observe, porém, que a ação somente deverá ser ajuizada no DF, se o réu tiver domicílio no DF. Caso o réu ali não seja domiciliado, não poderá a União ajuizar a ação no DF.

Além disso, **na ação de desapropriação por utilidade pública, a citação do proprietário do imóvel desapropriado dispensa a do respectivo cônjuge**. Isso porque o art. 16 do Decreto-Lei 3.365/1941 (Lei das Desapropriações) dispõe que a "citação far-se-á por mandado na pessoa do proprietário dos bens; a do marido dispensa a da mulher". Ressalte-se que, apesar de o art. 10, § 1º, I, do CPC dispor que "ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações que versem sobre direitos reais imobiliários", o art. 42 do referido Decreto-Lei preconiza que o CPC somente incidirá no que for omissa a Lei das Desapropriações. Assim, havendo previsão expressa quanto à matéria, não se aplica a norma geral. Precedente citado do STF: RE 86.933, Segunda Turma, DJ 18/6/1979. **REsp 1.404.085-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 5/8/2014.**

4.2.3. Via arbitral

Após o oferecimento da indenização ao proprietário, caso este recuse a oferta apresentada, poderá ser feita a opção pela mediação ou pela via arbitral. Assim, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

A arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

5. DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Importante dizer que os bens públicos podem ser desapropriados, de acordo com o art. 2º, § 2º do DL 3.365/41. Para tanto, é necessário observar 2 requisitos:

1- Autorização Legislativa

2- "Hierarquia Federativa"

Os bens dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

ATENÇÃO!! Pode um município ou um Estado desapropriar um bem de uma Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista Federal?

RESPOSTA: Como regra, é vedada esta desapropriação. Contudo, se houver prévia autorização por decreto do Presidente da República é possível que a desapropriação ocorra. Isto está de acordo com o art. 2º, § 3º do DL 3.365/41.

> **SÚMULA Nº 157 STF**: - é necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos estados, de empresa de energia elétrica.

6. BENS INSUSCETÍVEIS DE DESAPROPRIAÇÃO

6.1. Coisas Fora do Comércio

Ex.: direitos personalíssimos.

6.2. Moeda Corrente

Caso fosse possível desapropriar a moeda corrente, isso impediria o pagamento da indenização. Ademais, observe que é possível a desapropriação de uma nota ou moeda antigas.

6.3. Cadáver

Como regra, não é possível a desapropriação de cadáveres. Contudo, em casos excepcionais, é possível essa desapropriação, quando o cadáver tiver caráter econômico, notadamente, para fins históricos e de pesquisa. Pode-se dar como exemplo as múmias.

6.4. Bens da União

De acordo com o art. 2º, § 2º do DL 3.365/41, os bens da União não podem ser desapropriados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.5. São Insuscetíveis de Desapropriação para fins de Reforma Agrária

- A pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- a propriedade produtiva.

7. DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA – ART. 4° DO DL 3.365/41

> **DL 3.365/41, Art. 4º**
> A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. (...)

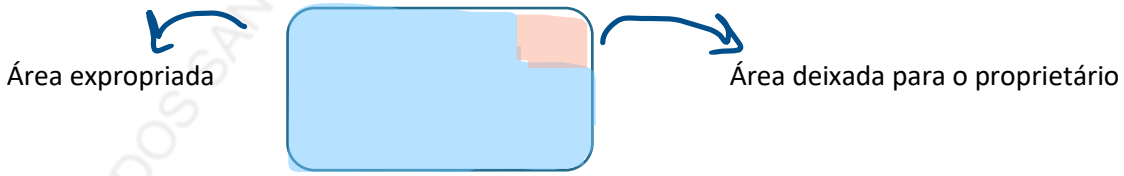
As referidas áreas devem ser bem especificadas quando da declaração de utilidade pública, indicando-se quais as que irão vão propiciar o desenvolvimento da obra e aquelas que vão sofrerão a valorização extraordinária. É em relação a estas que a lei autoriza a revenda a terceiros, sendo permitido ao expropriante que a venda ocorra pelo valor atualizado, ou seja, pelo valor que passou a ter o bem após a realização da obra.

8. DIREITO DE EXTENSÃO

É o direito que o proprietário possui na desapropriação parcial que o desapropriante inclua na desapropriação a área remanescente que se tornou insuscetível de qualquer exploração econômica. De acordo com o Carvalho Filho[207], o direito de extensão "é o direito de expropriado de exigir que a desapropriação e a indenização alcancem a totalidade do bem, quando o remanescente resultar esvaziado de seu conteúdo econômico".

O DL 3.365/41 não traz qualquer dispositivo sobre o tema. Contudo, a melhor doutrina entende que há o direito de extensão baseado no Decreto nº 4.956/1903.

De acordo com a jurisprudência do STJ, quando a área remanescente perde qualquer valor econômico, o que há é uma verdadeira desapropriação indireta. Portanto, haveria o direito de extensão e a indenização deve abarcar toda a área da propriedade.



9. DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

[207] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. P. 884.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A desapropriação é um procedimento administrativo, ou seja, é um conjunto de atos administrativos destinados a um fim específico. Dessa forma, é possível que o desapropriante possa desistir da desapropriação, caso os motivos que provocaram a iniciativa do processo expropriatório desapareçam.

A desapropriação é feita em casos de necessidade pública, utilidade pública e interesse social. A partir do momento que esses motivos deixam de existir não há razão para que a desapropriação exista e, por isso, a desistência da desapropriação é possível.

É possível a desistência da desapropriação, a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da ação de desapropriação, desde que:

1. Não tenha ocorrido o pagamento integral do preço; e

2. Não haja alteração substancial no imóvel. (Ou seja, que o bem desapropriado possa voltar ao seu status anterior. Caso o poder público tenha realizado obras, a desistência não poderá ocorrer).

A desistência é direito do expropriante e os fatos supra são fatos impeditivos da desistência. Além disso, é ônus do expropriado provar a existência desses fatos.

10. RETROCESSÃO

A retrocessão é um direito que o antigo proprietário possui de, no caso de tredestinação ilícita, exigir do desapropriante a retomada do bem ou o pagamento de uma indenização.

A tredestinação é a destinação desconforme com o plano inicialmente previsto. Dessa forma, a tredestinação pode ser lícita ou ilícita. A primeira é aquela que ocorre quando há uma destinação diversa da originariamente prevista, porém, é mantida a finalidade/interesse público. Pode-se dar como exemplo a desapropriação em que se destinavam à construção de um hospital público, e o Estado decide construir uma escola pública. Entretanto, haverá situação em que a tredestinação, ainda que lícita, é vedada. É o caso do art. 5º, § 3º do DL 3.365/41, que afirma: "Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão"

Por sua vez, a segunda forma de tredestinação é aquela em que há um desvio de finalidade, isto é, não há mais a perseguição ao interesse/finalidade pública. Há, na verdade, um interesse privado ou de terceiros sendo alcançado. Dessa forma, a desapropriação torna-se ilegítima. Pode-se dar como exemplo a desapropriação em que se destinavam à construção de um hospital público e, na verdade, houve a construção da casa do prefeito.

É em relação à tredestinação ilícita que a retrocessão se relaciona, de acordo com o STJ.

Ainda, veja que ainda é possível a chamada adestinação, isto é, a situação em que a Administração não dá nenhuma destinação ao bem. A doutrina aplica, por analogia, o art.10 do DL 3.365/41, de forma que após 5 anos a declaração de utilidade pública caso a Administração não dê nenhuma destinação pública para o bem, fica configurada a tredestinação ilícita.

10.1. Natureza Jurídica

Sobre a natureza jurídica da retrocessão, é preciso estudar que ser estudada 3 (três) correntes doutrinárias.

1ª Corrente – Direito Pessoal: – essa corrente é defendida pelo professor José Santos Carvalho Filho e pelo art. 35 do DL 3.365/41. De acordo com essa corrente, não há nenhum dispositivo no ordenamento

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

jurídico assegurando o direito de retomada da propriedade pelo proprietário primitivo. De acordo com o art. 35 do referido Decreto, qualquer ação julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

2ª Corrente – Direito Real: – essa corrente é a defendida pelo professor Pontes de Miranda. De acordo com essa vertente, a retrocessão seria um instituto que defende o direito de retomada do bem, em razão da inconstitucionalidade da desapropriação, que não destinou um fim público ao bem. Em outras palavras, o que haveria, para essa corrente, é que o expropriante devolveria o bem, e o expropriado devolve o valor da indenização devidamente atualizado. A situação voltaria ao status quo ante.

3ª Corrente: – a terceira vertente é a defendida pelos professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com esta corrente, a retrocessão, em regra, é um instituto de direito real, mas que, excepcionalmente, poderia ser exercido como um direito pessoal. Se não fosse possível ou for de interesse do expropriado, pode este optar em pleitear perdas e danos.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, os Tribunais brasileiros já proferiram decisões de que a retrocessão seria um instituto de direito real e pessoal. É certo que não há um posicionamento pacífico.

10.2. Prazo Prescricional

O prazo prescricional da retrocessão vai variará, a depender da natureza jurídica do instituto. Para aqueles que defendem ser a retrocessão um instituto de direito pessoal, o prazo prescricional será de 5 anos, nos termos do DL 20.910/32. Por sua vez, para aqueles que defendem ser a retrocessão um instituto de direito real, o prazo prescricional será de 10 anos, de acordo com o art. 205 do CC/02.

O termo a quo (inicial) da ação de retrocessão iniciará quando o prazo para o expropriante dar a destinação ao bem se esgotar.

11. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Poder Público se apropria de um bem particular, sem a observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia.[208]

A expressão também refere-se à supressão do direito de propriedade, uma vez que esvazia o conteúdo econômico da propriedade. Ademais, a expressão pode ser entendida como a ação a ser ajuizada pelo proprietário do bem esbulhado, requerendo uma indenização.

Importante observar que o direito do expropriado, quando acontece a desapropriação indireta, é somente a indenização. Isto está legislado no art. 35 do DL 3.365/41. Em outras palavras, quer-se dizer que em nada afeta o direito de propriedade que tem o Estado sobre o bem expropriado. A sua propriedade se torna intangível.

O valor a ser pago a título de indenização pode ser considerado meramente estimativo. Dessa forma, pode o juiz condenar o Poder Público a pagar quantia a maior ao autor, ainda que este tenha requerido uma indenização de valor menor[209].

[208] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 871

[209] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p.875

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ademais, de acordo com o STJ, em ação de desapropriação indireta é cabível reparação decorrente de limitações administrativas[210].

De acordo com o STJ, não configura desapropriação indireta quando o Estado limita-se a realizar serviços públicos de infraestrutura em gleba cuja invasão por particulares apresenta situação consolidada e irreversível[211].

11.1. Legitimidade para Ação

A legitimidade ativa e passiva nesse tipo de ação é inversa à da ação de desapropriação. Observe que o autor da ação será sempre o ex-proprietário[212], ao passo que a ré será a pessoa jurídica de direito público responsável pela incorporação do bem a seu patrimônio.

11.2. Foro

Por ser considerada uma ação de natureza real, a jurisprudência do STF[213] manifestou-se no sentido de a ação dever ser ajuizada no foro do local do imóvel. Não será no domicílio do réu.

11.3. Prescrição

O prazo prescricional da ação de desapropriação indireta é de 10 anos, nos termos do art. 1.238 do CC/02. De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é de que a ação de desapropriação indireta observará o mesmo prazo da usucapião[214].

Esse é o entendimento correto, a despeito da súmula 119 do STJ entender que o prazo da desapropriação indireta é de 20 anos.

O Superior Tribunal de Justiça (STF), no julgamento do EREsp 1.575.846-SC, entendeu que, de fato, o prazo prescricional para a ação indenizatória por desapropriação indireta é de 10 anos, em regra, salvo comprovação da inexistência de obras ou serviços públicos no local, caso em que o prazo passa a ser de 15 anos.

11.4. Acréscimos Indenizatórios

Além do valor da indenização pela perda da propriedade, o ex-proprietário tem direito à percepção dos juros moratórios e juros compensatórios.

---

[210] STJ. REsp 1.653.169-RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 19/11/2019, DJe 11/12/2019

[211] STJ. REsp 1.770.001-AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 05/11/2019, DJe 07/11/2019

[212] O STJ admite que o promissário comprador é parte legítima a ajuizar a ação, ainda que a promessa de compra e venda não tenha sido registrada no cartório imobiliário. STJ, REsp 1.204.923 – 2012. Ademais, sendo casado o autor, o STJ também exige a presença de ambos os cônjuges no polo ativo da ação. STJ, REsp 46.899-0.

[213] STF, RE nº 111.988.

[214] REsp 1.300.442-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/6/2013 (Informativo nº 0523).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Os juros moratórios são aqueles devidos ao ex-proprietário, em razão do Poder Público não ter quitado tempestivamente a indenização a que aquele tinha direito. O valor desses juros moratórios é de 6% ao ano, a despeito do dispositivo legal estabelecer até 6% ao ano[215].

Ademais, o termo inicial da contagem dos juros moratórios será dia 1º de a janeiro do ano seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado.

Por fim, a base de cálculo será o valor da indenização fixado na sentença condenatória.

Por sua vez, os juros compensatórios são aqueles devidos, em razão do Poder Público ter realizado a desapropriação sem observar a exigência de prévia indenização.

O termo inicial dos juros compensatórios será a partir da efetiva ocupação do imóvel pelo Estado. Em outras palavras, os juros compensatórios são devidos a partir do momento em houve a efetiva transferência do bem. Este é o entendimento da Súmula 69 do STJ.

Atente-se que, de acordo com o STJ, em ação de desapropriação indireta é cabível reparação decorrente de limitações administrativas. Segundo a Corte Cidadã, nessa ação devem ser observados os princípios da instrumentalidade das formas e da primazia da solução integral do mérito para reconhecer o interesse-adequação da ação para o requerimento de indenização[216].

12. INDENIZAÇÃO[217]

Antes de adentrar nas parcelas que compõem a indenização, faz-se necessário atentar para os arts. 10-A e o 10-B do Decreto-Lei 3.365/41, recém incluído pela Lei nº13.867/19.

De acordo com o art. 10-A, o poder público deverá notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização. A notificação conterá:

> **I** - cópia do ato de declaração de utilidade pública;
> **II -** planta ou descrição dos bens e suas confrontações;
> **III -** valor da oferta;
> **IV -** informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição;
>
> **§ 2º** Aceita a oferta e realizado o pagamento, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis.
> **§ 3º** Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público deverá proceder com a ação judicial.

Por sua vez, de acordo com o art. 10-B, feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

---

[215] ADIMC 2.332-DF – O STF suspendeu a eficácia da expressão "até seis por cento".

[216] STJ. REsp 1.653.169-RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 19/11/2019, DJe 11/12/2019

[217] De acordo com o STJ, a indenização não está sujeita a incidência do Imposto de Renda – REsp 1.116.460 – SP.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **§ 1º** A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.
> **§ 2º** Poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
> **§ 3º** A arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

12.1. Parcela do Bem e das Benfeitorias

Antes de qualquer estudo, deve-se ter em mente que o valor da indenização ocorrerá com base na avaliação judicial e não da administrativa.

O expropriante deve pagar o valor do bem e das benfeitorias, sejam elas necessárias, úteis ou voluptuárias.

De acordo com o art. 26, § 1º do DL 3.365/41, após a declaração de desapropriação somente serão indenizadas as benfeitorias necessárias e as úteis, quando feitas com autorização do expropriante. Dessa forma, as benfeitorias voluptuárias, feitas após a declaração, não serão indenizadas. Dessa forma, aplica-se a súmula 23 do STF.

> **SÚMULA Nº 23 STF** - verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.

12.1.1. Desapropriação de um Terreno de Marinha

Os terrenos de marinha são bens da União, mas um particular pode ser proprietário do domínio útil desses terrenos. Esse domínio útil pode ser desapropriado. De acordo com o art. 103, § 2º do DL 9.760/46, a indenização, nesse caso, será de 83% do domínio pleno[218].

12.1.2. Desapropriação do Fundo de Comércio

Fundo de comércio é o conjunto de bens materiais e imateriais do empresário e da sociedade empresária indispensáveis ao exercício da empresa. Veja as seguintes situações:

Desapropriação de um restaurante em que é explorado pelo próprio proprietário do imóvel. Observe que o dono do restaurante e o dono do imóvel são as mesmas pessoas. Nesta situação, o dano ao fundo de comércio deve ser incluídos na indenização da própria propriedade.

Desapropriação de um imóvel em que funciona um restaurante. O restaurante é de um locatário. Observe que o dono do restaurante e o dono do imóvel são pessoas distintas. A desapropriação tem o poder de romper com o contrato de locação, em virtude de ser uma forma de aquisição originária da propriedade. Nessa situação, o expropriante deve indenizar o locatário (pela perda do fundo de comércio), assim como o proprietário (pela perda da propriedade). Observe que, de acordo com o art. 26 do DL 3.365/41, a indenização ao locatário será feita em uma ação autônoma.

[218] Observe que deve ser deduzido do valor total do bem a importância equivalente a 17% que corresponde ao valor do domínio direto. CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. P. 859.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

12.1.3. Desapropriação de Imóvel com Jazida

A fazenda vale R$ 2.000.000 (2 milhões de reais). Descobre-se uma jazida de ouro no valor de R$ 200.000.000 (200 milhões de reais). A pergunta que deve ser feita é qual o valor da indenização?

O proprietário receberá o valor do imóvel, ou seja, R$ 2.000.000, uma vez que a jazida não é de sua propriedade, mas da União, nos termos do art. 20, IX da CR/88.

Observe que se a desapropriação inviabilizar a exploração de uma jazida a quem possui uma licença para explorá-la, há de ser paga uma indenização por isso. Ademais, atente-se que se o titular da licença não for o proprietário do imóvel, a indenização será paga em ação autônoma. Caso seja o proprietário, a indenização será paga nos próprios autos da ação de desapropriação.

12.1.4. Desapropriação de Bem em Regime de Usufruto

A desapropriação não possui o condão de extinguir o usufruto. Dessa forma, a doutrina afirma que deverá ser feito um acordo entre o usufrutuário e o proprietário do imóvel. Esta solução não é uma solução proposta pela lei. É uma solução proposta pela doutrina.

12.1.5. Desapropriação e a Cobertura Vegetal

Em princípio, um imóvel sem árvores ou floretas vale menos do que um imóvel que as possui. Portanto, a cobertura vegetal possui indenização. Contudo, a cobertura vegetal somente será indenizada caso possa ser explorada economicamente. Nas hipóteses de não poder ser explorada economicamente, não haverá indenização[219].

12.2. Parcela dos Lucros Cessantes

Os lucros cessantes são aquilo que o proprietário deixou de ganhar por ter ficado impossibilitado de explorar o bem. Por exemplo, é possível citar a desapropriação de uma fazenda que explora gado, em que na indenização deve haver a parcela dos lucros cessantes.

De acordo com o STJ, há bis in idem na cobrança de lucros cessantes e dos juros compensatórios.

12.3. Juros Compensatórios

Os juros compensatórios são devidos ao proprietário em razão deste ter ficado impossibilitado de explorar o bem economicamente.

Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos a partir de quando o proprietário perde a posse, isto é, desde a imissão provisória na posse, de acordo com a súmula 164 do STF. De acordo com o art. 100, § 12 da CR/88, os juros compensatórios ocorrerão desde a imissão provisória na posse até a emissão do precatório ou da Requisição de pequeno valor. Por sua vez, na desapropriação indireta, nos termos da súmula 69 do STJ, eles são devidos desde a efetiva ocupação do imóvel.

[219] STJ, REsp 978.558 – Rel. Min Luiz Fux.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

Afasta-se o pagamento de juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência iguais a zero.

A base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença entre o valor do bem determinado na sentença e o valor levantado pelo proprietário do depósito feito para imissão provisória na posse (80% do valor depositado). Entenda com o exemplo abaixo:

R$ 600 mil foi o valor depositado para imissão provisória na posse. Posteriormente, o juiz determinou o valor do bem de R$ 1 milhão. Observe que o proprietário só pode levantar 80% do valor depositado. Neste caso, R$ 480 mil. A diferença entre o valor determinado pelo juiz (R$ 1 milhão) e o valor levantando pelo proprietário (R$ 480 mil) é de R$ 520 mil. É sobre este valor que os juros compensatórios irão incidirão.

ATENÇÃO!! Ainda que o valor depositado seja o de R$ 1 milhão, haverá a incidência de juros compensatórios, afinal, o proprietário somente poderá levantar R$ 800 mil (80% do valor depositado). Dessa forma, os juros compensatórios incidirão sobre R$ 200 mil.

O art. 15-A do DL 3.365/41 foi, liminarmente, declarado liminarmente inconstitucional pelo STF, em sede cautelar na ADI 2332/DF. Dessa forma, o STF havia fixado o entendimento de que o valor dos juros compensatórios seria o estabelecido pela súmula 618 da própria Corte, a qual prevê o valor de 12% do ano. Contudo, seria necessário observar o texto da súmula 408 do STJ que assim afirma: "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n. 1.577, de 11/6/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal".

Todavia, a Súmula 408 do STJ foi cancelada, sendo fixada a tese de que o índice de juros compensatórios na desapropriação direta ou indireta é de 12% até 11/06/1997, data anterior à vigência da MP 1577/97.

Por fim, em 2018, o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar o tema, julgando o mérito da r. ADI, de modo que decidiu pela constitucionalidade do art.15-A do Decreto-Lei 3.365/41. Assim, o percentual dos juros compensatórios voltou a ser de 6%.[220]

12.4. Juros Moratórios

Os juros moratórios são aqueles devidos em razão do atraso no pagamento da indenização. Os juros moratórios e compensatórios podem se cumular. De acordo com a súmula 12 do STJ, não há bis in idem.

Contudo, o STJ já se posicionou que não há acumulação entre os juros moratórios e compensatórios, haja vista que eles incidem em momentos diferentes.

Os juros moratórios são devidos desde o atraso no pagamento do precatório, ou seja, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Isto, caso o expropriante seja Fazenda Pública. Contudo, caso o expropriante não seja a Fazenda Pública (Empresas Públicas, Sociedades

[220] STF - ADI 2332/DF

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de Economia Mista, Concessionários e Permissionários de Serviço Público), os juros moratórios irão incidirão a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos da súmula 70 do STJ.

Embora o art. 15 – A traga em sua literalidade o valor de até 6% ao ano, o valor correto dos juros moratórios será o de 6% ao ano, uma vez que o STF declarou inconstitucional a expressão "até 6%".

De acordo com a súmula 416 do STF, pela demora do pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros.

12.5. Correção Monetária

A indenização também vai alcançará a correção monetária, devido a inflação que o país pode sofrer. A correção monetária será devida desde o momento da avaliação do bem a ser desapropriado até o efetivo pagamento da indenização.

Não se aplica o disposto no art. 26, § 2º do DL 3.365/41. Ademais, o art. 100, § 12 da CR/88 afirma que a correção monetária acontecerá de acordo com o índice da caderneta de poupança. Contudo, o STF entendeu esta situação inconstitucional.

12.6. Honorários Advocatícios

A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença da oferta e da indenização, ambas corrigidas monetariamente, nos termos da súmula 617 do STF.

O STF considerou que é inconstitucional a expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)", prevista no art. 27, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41 isso porque limitar os honorários em um determinado valor fixo (que não seja um percentual) viola o princípio da proporcionalidade e acaba refletindo no justo preço da indenização que o expropriado deve receber (art. 5º, XXIV, da CF/88).

Na desapropriação indireta, por não haver depósito, o valor dos honorários será pago com base na condenação.

12.7. Art. 25, parágrafo único do DL 3.365/41

O juiz poderá arbitrar quantia módica para desmonte e transporte de maquinismos instalados e em funcionamento.

12.8. Art. 27 do DL 3.365/41

O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Em relação à valorização ou depreciação da área remanescente, fazem necessários alguns comentários. Imagina-se que o bem valha R$ 1 milhão. O Estado desapropriou 75% da área. Dessa forma, a indenização será equivalente a R$ 750 mil. A área remanescente vale R$ 250 mil. Entretanto, com a desapropriação, houve uma valorização dessa área, passando a valer R$ 300 mil. Quando isso acontecer, o

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

juiz deve abater a valorização do valor da indenização. De outra forma, se houver desvalorização, o juiz deve acrescentar ao valor da depreciação ao da indenização.

Observação: De acordo com o STJ, a valorização da área remanescente pode ser geral ou especial/específica. A primeira é a valorização que atinge várias propriedades, além da área remanescente. A valorização não é resultado da desapropriação parcial. A segunda é aquela que atinge a área remanescente, portanto, resultante da desapropriação parcial.

A valorização geral divide-se em valorização ordinária, ou seja, ocorre uma valorização regular, usual e de maneira uniforme; bem como em valorização extraordinária, isto é, alguns imóveis valorizam mais do que os outros.

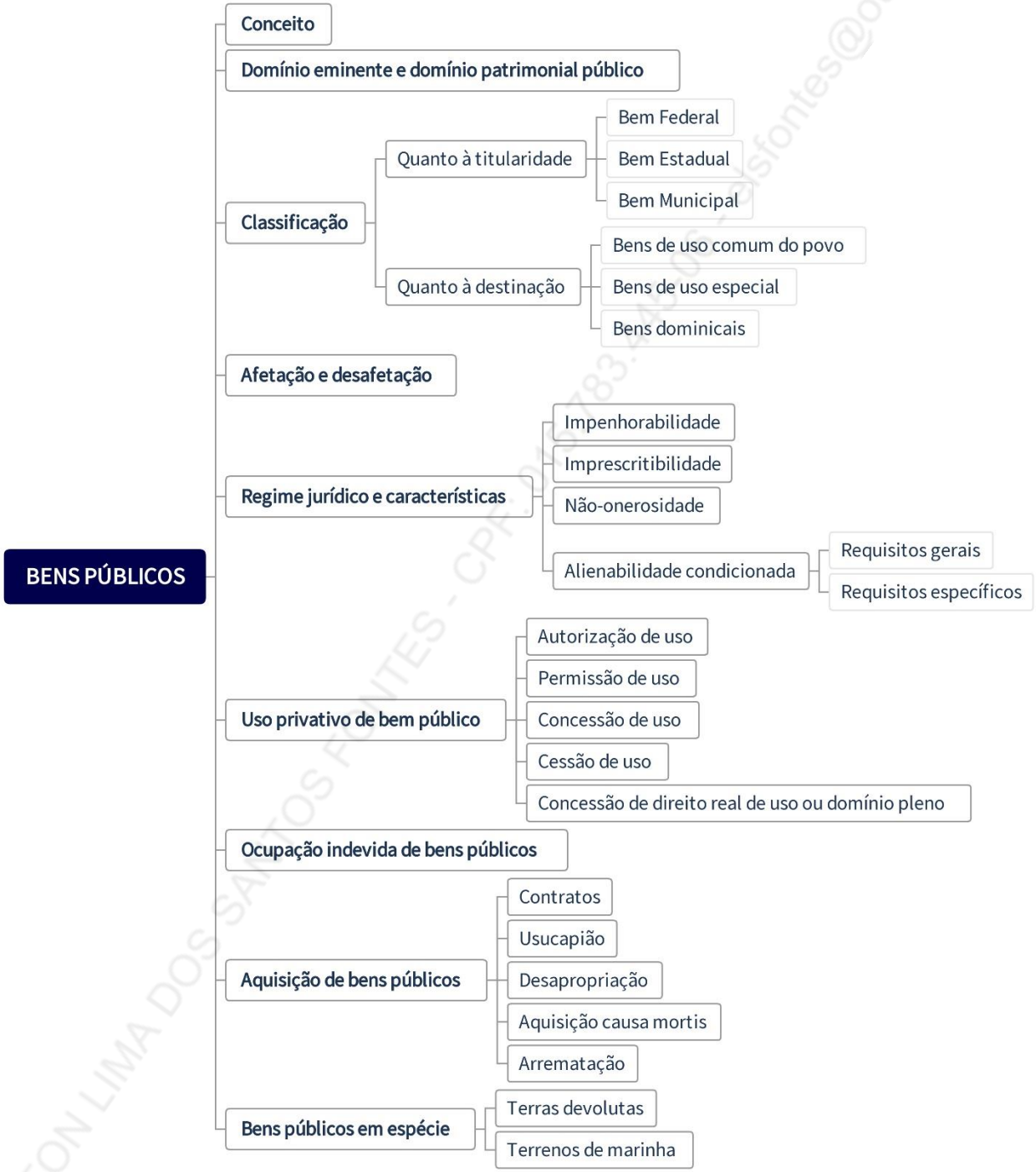
De acordo com o STJ, se a valorização for especial, o montante da valorização pode ser abatido do total devido a título de indenização; de outra forma, se a valorização for geral ordinária, a administração pública pode financiar a indenização por meio da Contribuição de Melhoria. Por fim, se a valorização for geral extraordinária, a Administração poderá fazer uso da desapropriação por zon

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

14

BENS PÚBLICOS



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu art. 98, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Assim, o conceito adotado pelo legislador tem o foco da titularidade, isto é, o legislador adotou o critério subjetivo para conceituar os bens públicos.

Observe, porém, que esse conceito está incompleto. São públicos também os bens afetados à prestação do serviço público das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Trata-se aqui de uma concepção material ou funcionalista.

A posição do Superior Tribunal de Justiça acompanha o legislador, porém estende aos bens de pessoas jurídicas de direito privado afetados à prestação do serviço público, a proteção pública.

Veja: Os bens integrantes do acervo patrimonial de sociedades de economia mista sujeitos a uma destinação pública equiparam-se a bens públicos, sendo, portanto, insuscetíveis de serem adquiridos por meio de usucapião.[221]

2. DOMÍNIO EMINENTE E DOMÍNIO PATRIMONIAL PÚBLICO

O domínio eminente consiste a possibilidade de o Estado intervir na propriedade privada, seja de maneira mais branda, por intermédio das intervenções restritivas do estado na propriedade, como limitação administrava, servidão, seja de maneira mais drástica, como a desapropriação.

Por outro lado, o domínio patrimonial público consiste o direito de propriedade do Estado, isto é, refere-se ao conjunto de bens, dos quais o Estado é proprietário.

3. CLASSIFICAÇÃO

3.1. Quanto à Titularidade

3.1.1. Bem Federal

São bens federais os bens pertencentes à União. De acordo com o art. 20 da CR/88, são eles:

> I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
> II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

OBS: As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam, apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores. (Súmula n. 477/STF)

> III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

[221] STJAgInt no REsp 1719589/SP

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26,
> V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
> VI - o mar territorial;
> VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

OBS: Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União. (Súmula n. 496/ STJ)

> VIII - os potenciais de energia hidráulica;
> IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
> X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
> XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

3.1.2. Bem Estadual

São bens estaduais aqueles que pertencerem aos Estados-membros. De acordo com o art. 26 da CR/88 são eles:

> I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
> II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
> III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
> IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União

3.1.3. Bem Municipal

São bens municipais aqueles que pertencerem aos Municípios. Em relação a estes bens, a Constituição não elenca um rol de bens municipais, todavia, por óbvio que os municípios possuem bens de sua titularidade. Pode-se dar como exemplos as ruas, praças, edifícios de propriedade do município, dinheiro público do município.

3.2. Quanto à Destinação

3.2.1. Bens de Uso Comum do Povo

Estes bens são aqueles que se destinam à utilização geral pelos indivíduos. Via de regra, os bens de uso comum do povo são utilizados por todos os integrantes da coletividade. Contudo, nada impede o poder público de restringir ou impedir o uso desses bens, como o pagamento de pedágio para utilização de estradas, fechamento de ruas para eventos comemorativos.

Os bens de uso comum do povo são bens indisponíveis, isto é, não ostentam caráter patrimonial e, por isso mesmo, as pessoas a que pertencem não podem deles dispor. Isso vale enquanto os bens de uso comum do povo mantiverem essa destinação.

Ex.: Ruas, praças, mares, praias, rios, estradas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2.2. Bens de Uso Especial

Os bens de uso especial, por sua vez, são aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral.

Quanto ao uso, pode-se dizer que cabe ao Poder Público a sua utilização primordial. Contudo, os particulares também podem utilizá-los na medida em que precisam estar presentes das repartições estatais.

Observe que os bens de uso especial podem ser móveis ou imóveis.

Ex.: Escolas e Universidades Públicas, hospitais públicos, prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário, quartéis, cemitérios públicos, aeroportos, museus, mercados públicos, terras reservadas aos indígenas, veículos oficiais, navios militares.

Os bens de uso especial são bens patrimoniais indisponíveis, isto é, "possuem caráter patrimonial, porque, mesmo sendo indisponíveis, admitem em tese uma correlação de valor, sendo, por isso, suscetíveis de avaliação pecuniária. São indisponíveis, entretanto, porque utilizados efetivamente pelo Estado para alcançar os seus fins".

Observe a questão a seguir:

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PGM - João Pessoa - PB Prova: CESPE - 2018 - PGM - João Pessoa - PB - Procurador do Município

Prédio sede de prefeitura, creches municipais e postos de saúde são bens

A) de uso especial, pois são destinados a uma finalidade pública específica.

B) dominicais e dependem de autorização específica para o seu uso.

C) públicos destinados à prestação de serviços ou à realização de atividade econômica.

D) de uso comum do povo e destinados ao uso livre e gratuito da população.

E) insuscetíveis de alienação.

Diante do exposto na explicação, os bens trazidos na questão são bens de uso especial, razão pela qual a resposta da questão é a alternativa letra A.

3.2.3. Bens Dominicais/Dominiais

Os bens dominicais possuem um caráter residual, ou seja, serão aqueles em que não se situam como de uso comum do povo ou de uso especial. Dessa forma, são bens dominicais aqueles sem destinação pública específica, como por exemplo, os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa.

Esses bens são bens patrimoniais disponíveis, isto é, possuem caráter patrimonial e podem ser alienados nas condições estabelecidas pela lei.

4. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Um bem público afetado (consagração) é aquele que está sendo utilizado para determinado fim público. Pode-se exemplificar uma praça sendo utilizada naturalmente pelos indivíduos daquela região. Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são bens públicos afetados.

A afetação pode ocorrer de três formas: Lei, ato administrativo ou fato administrativo.

Ao contrário, pode-se dizer que um bem público desafetado (desconsagração) é aquele que não está sendo utilizado para determinado fim público. Pode-se exemplificar um prédio público desativado, uma viatura policial alocada em um depósito público. Os bens dominicais são bens públicos desafetados.

Dessa forma, o instituto da afetação é o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública específica. Por sua vez, o instituto da desafetação é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública a que se destinava.

Os bens de uso comum do povo e de uso especial são bens afetados, ao passo que os bens dominicais são bens desafetados.

A afetação e a desafetação podem ser formais, isto é, podem ocorrer de maneira expressa, assim como podem ser materiais, o que quer dizer que podem ocorrer de maneira tácita.

ATENÇÃO!!! Se a afetação for formal, a desafetação também deve ser formal e observa a mesma forma como foi afetado. Assim, se um bem é afetado por lei, a desafetação, por simetria, só poderá ser por lei.

Observe a questão cobrada pela banca FCC no concurso da PGM Caruaru:

QUESTÃO DE CONCURSO

Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: Prefeitura de Caruaru – PE Prova: FCC - 2018 - Prefeitura de Caruaru - PE - Procurador do Município

A respeito do regime jurídico dos bens públicos, é correto afirmar:

A) Os bens públicos imóveis poderão ser alienados mediante autorização legislativa prévia, salvo no caso dos bens dominicais.

B) Os bens dominicais são aqueles utilizados diretamente para a execução dos serviços administrativos e serviços públicos em geral.

C) Os bens de uso comum do povo, por sua natureza, não permitem a cobrança de valores pecuniários para a sua utilização.

D) Embora os bens públicos sejam dotados de impenhorabilidade, o regime jurídico público permite que os bens públicos afetados sejam gravados com direitos reais de garantia.

E) Afetação é o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração.

De acordo com o exposto acima, observe que a resposta da questão é a letra E.

5. REGIME JURÍDICO – CARACTERÍSTICAS

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

5.1. Impenhorabilidade

Os bens públicos não podem ser penhorados, ou seja, não podem sofrer uma constrição judicial. Dessa forma, não podem ser utilizados para o pagamento das dívidas públicas. Isso decorre do estabelecido pelo art. 100 da CR/88, o qual estabelece que o Poder Público paga suas dívidas por Precatórios ou Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Uma das razões da impenhorabilidade é a continuidade do serviço público.

OBS: Conflito entre o art. 100 e a proteção da vida/saúde da pessoa, é legítimo o bloqueio das contas da Fazenda Pública para compras de remédios. Assim é o posicionamento do STJ em razão da dignidade da pessoa humana.

5.2. Imprescritibilidade

Os bens públicos não estão sujeitos à prescrição aquisitiva, isto é, a usucapião. Assim dispõe os arts. 183, § 3º e art. 191, parágrafo único, ambos da CR/88, o art. 102 do Código Civil e a Súmula 340 do STF.

5.3. Não-Onerosidade

Os bens públicos não se sujeitam aos institutos de direitos reais, como o penhor, a hipoteca e a anticrese. Em outras palavras, os bens públicos não podem ser dados como garantias para um credor no caso de inadimplemento de uma obrigação;

5.4. Alienabilidade Condicionada

Os bens públicos podem ser alienados, desde que estejam desafetados. Contudo, observe que o art. 100 do Código Civil estabelece que os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto mantiverem essa qualificação.

Por sua vez, os bens dominicais são alienáveis, desde que cumpridos os requisitos da lei.

Esses requisitos legais estão estabelecidos no art. 76 da Lei nº 14.133/2021.

Pode-se dividir esses requisitos em dois, ou seja, em requisitos gerais e requisitos específicos.

Requisitos gerais:

Bem Dominical

Interesse público devidamente justificado

Avaliação prévia.

Requisitos Específicos:

Imóveis

Autorização legislativa para a Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações.

Licitação na modalidade Leilão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

OBS: a lei autorizativa ocorrerá somente para a Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações. Observe que para as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não haverá a autorização legislativa.

OBS 2: A alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.

Móveis

Licitação na modalidade leilão

OBS 3: na redação do art. 17, II da Lei nº 8.666/93 não era estabelecida qual modalidade de licitação seria necessária para a alienação. Contudo, a nova lei de licitações estabeleceu a modalidade leilão.

6. USO PRIVATIVO DE BEM PÚBLICO

6.1. Autorização de Uso

A autorização de uso de bem público é um ato administrativo unilateral, discricionário, praticado a título precário, que visa atender interesse predominantemente privado.

É um ato unilateral afinal há exteriorização da vontade apenas do Poder Público. É discricionário porque haverá a valoração sobre a conveniência e a oportunidade na concessão do ato. Trata-se de ato precário porque a administração pode revogar a autorização se sobrevierem razões para tanto e não haverá direito de indenização.

A autorização, como regra, não deve ser conferida com prazo determinado. Contudo, é possível que a autorização seja praticada por prazo certo. Quando assim for praticada, a autorização perde o caráter de precariedade e sua revogação ensejará o direito de indenização.

A autorização de uso de bem público prescinde de Licitação.

Ex.: Fechamento de ruas para comemorações; utilização de uma área para estacionamento.

6.2. Permissão de Uso

A permissão de uso de bem público é um ato administrativo unilateral, discricionário, praticado a título precário, atendendo ao mesmo tempo interesses público e privado.

A permissão e a autorização de uso são institutos semelhantes. O que diferencia um e outro é o interesse em jogo. Na permissão de uso há uma igualdade dos interesses público e privado.

A permissão, como regra, não deve ser conferida com prazo determinado. Contudo, é possível que a permissão seja praticada por prazo certo. Quando assim for praticada, a autorização perde o caráter de precariedade e sua revogação ensejará o direito de indenização.

O ato de permissão é um ato personalíssimo ou intuito personae, razão pela qual sua transferência a terceiros só se legitima quando houver consentimento da entidade que conferiu a permissão. Dessa forma, o que há, na verdade, é a prática de um novo ato administrativo.

Com relação à Licitação, a permissão de uso pode ensejar que esta aconteça, quando houver mais de um interessado na utilização do bem, evitando-se, assim, favorecimentos ou preterições ilegítimas. Todavia,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

em alguns casos a licitação será inexigível, como, por exemplo, a permissão de uso de calçada em frente a um bar.

Ex.: Feiras de artesanatos em praças públicas; vestiários públicos, mesas e cadeiras em calçadas; bancas de jornal.

6.3. Concessão de Uso

A concessão de uso de bem público não é ato administrativo. Na verdade, está-se diante de um contrato administrativo. Portanto, a concessão possui o caráter da bilateralidade.

A concessão de uso deve ser realizada para atividades de maior vulto, no qual o concessionário "assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício da atividade"[222]

Em relação à Licitação, por ser contrato administrativo, a concessão necessita da realização de um procedimento licitatório.

6.4. Cessão de Uso

É a transferência da posse de bens entre órgãos ou entidades públicas, gratuitamente. Depende de autorização legal e formaliza-se através de simples termo ou anotação cadastral. Como não opera a transferência da propriedade, prescinde de registro imobiliário.

6.5. Concessão de Direito Real de Uso ou Domínio Pleno

Esse instituto foi criado pelo Decreto-lei 271/67. É a transferência a particular, pela Administração, da posse de imóvel público para ser por ele utilizado ou explorado em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. É contrato administrativo, direito real resolúvel, transferível pelo particular por ato inter vivos ou causa mortis, a título gratuito ou oneroso. É o contrato pelo qual a Administração transfere, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público ou do espaço aéreo que o recobre, para que seja utilizado com fins específicos por tempo certo ou por prazo indeterminado.

Só em caso de desvirtuamento da finalidade da concessão o imóvel reverterá à Administração Pública. Do contrário, poderá ficar eternamente com o particular, seus cessionários ou sucessores. Depende de lei e prévia concorrência, dispensando-se esta quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da Administração Pública (Lei 8.666/93, artigo 17, § 2, equivalente ao art. 76, §3º, da Lei 14.133/2021) e formaliza-se através de escritura pública ou termo administrativo, sujeitos a registro.

7. OCUPAÇÃO INDEVIDA DE BENS PÚBLICOS

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado que não há que se falar em posse na ocupação irregular de bens públicos. Trata-se da súmula 619 do STJ que afirma que A ocupação indevida de

[222] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed São Paulo: Atlas, 2012. p391.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.

Pelo fato de não haver posse, não há que se falar em direito à indenização por benfeitorias, nem em direito de retenção. Ademais, caso o ocupante irregular do bem público realize construções no imóvel, não há que se falar em enriquecimento ilícito do Estado, isto porque a construção realizada é voltada para atender interesses particulares, e não para atender interesse público. De acordo com o STJ não há que se falar em boa-fé do detentor.

Caso admitisse posse na ocupação irregular de bens públicos, haveria um estímulo à invasão de propriedades públicas, o que violaria os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

Ademais, nos termos do Enunciado 2 do CJF, o administrador público está autorizado por lei a valer-se do desforço imediato sem necessidade de autorização judicial, solicitando, se necessário, força policial, contanto que o faça preventivamente ou logo após a invasão ou ocupação de imóvel público de uso especial, comum ou dominical, e não vá além do indispensável à manutenção ou restituição da posse (art. 37 da Constituição Federal; art. 1.210, §1º, do Código Civil; art. 79, § 2º, do Decreto-Lei n. 9.760/1946; e art. 11 da Lei n. 9.636/1998).

8. AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

O tópico aquisição de bens públicos deve ser entendido como bens privados adquiridos pelas pessoas jurídicas de direito público, de modo que se os bens passam a ser qualificados como bens públicos.

8.1. Contratos

Como qualquer particular, o Estado pode celebrar contratos visando a adquirir bens, uma vez que as entidades públicas são dotadas de personalidade jurídica, com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

Dessa forma, o Poder Público, como adquirente, pode firmar contratos de compra e venda, de doação[223], de dação em pagamento[224] e de permuta.

8.2. Usucapião

É perfeitamente possível que a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações adquiram um bem por meio da Usucapião. Para isso, estas pessoas devem observar os requisitos legais exigidos para usucapir um bem.

[223] Nada impede que uma entidade privada faça uma doação de bens à União, aos Estados e aos Municípios.

[224] Também é possível que um contribuinte de tributos municipais celebre com o Estado um contrato de dação em pagamento, no qual haverá a mudança do objeto da prestação.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8.3. Desapropriação

A desapropriação é, em regra, promovida pelas pessoas de direito público, de modo que a perda da propriedade pelo particular retrata a aquisição pelo expropriante (poder público). Assim posto, os bens desapropriados transformam-se em bens públicos tão logo ingressem no patrimônio do expropriante.

8.4. Aquisição Causa Mortis

Caso o particular faleça e não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou algum parente sucessível, ou havendo renúncia por parte dos herdeiros, a herança se devolve ao MUNICÍPIO ou ao DISTRITO FEDERAL, se localizada em seus respectivos territórios, ou à UNIÃO, se localizada em território federal.

Observe que o Estado não figura como adquirente desses bens, caso não haja herdeiros para os bens. Contudo, nada impede de que uma pessoa, via testamento, deixe para um Estado um de seus bens.

8.5. Arrematação

A arrematação é o meio de aquisição de bens através da alienação de bem penhorado, em processo de execução, em praça ou leilão judicial.

9. BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE

9.1. Terras Devolutas

As terras devolutas são as áreas que integram o patrimônio da União, Estado, Distrito Federal ou Município, não sendo utilizadas para quaisquer finalidades públicas específicas. São áreas sem utilização, nas quais não se desempenham qualquer serviço administrativo, não tendo serventia para uso pelo poder público. Dessa forma, pode-se dizer que as terras devolutas são consideradas bens DOMINICAIS.

Atualmente, de acordo com a CR/88, as terras devolutas, como regra, pertencem aos Estados, de acordo com o art. 26, IV da CR/88. Contudo, algumas terras devolutas irão integrar ao patrimônio da União. De acordo com o art. 20, II da CR/88, as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental pertenceram à União.

9.2. Terrenos de Marinha

Os terrenos de marinha são as áreas que, banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831.

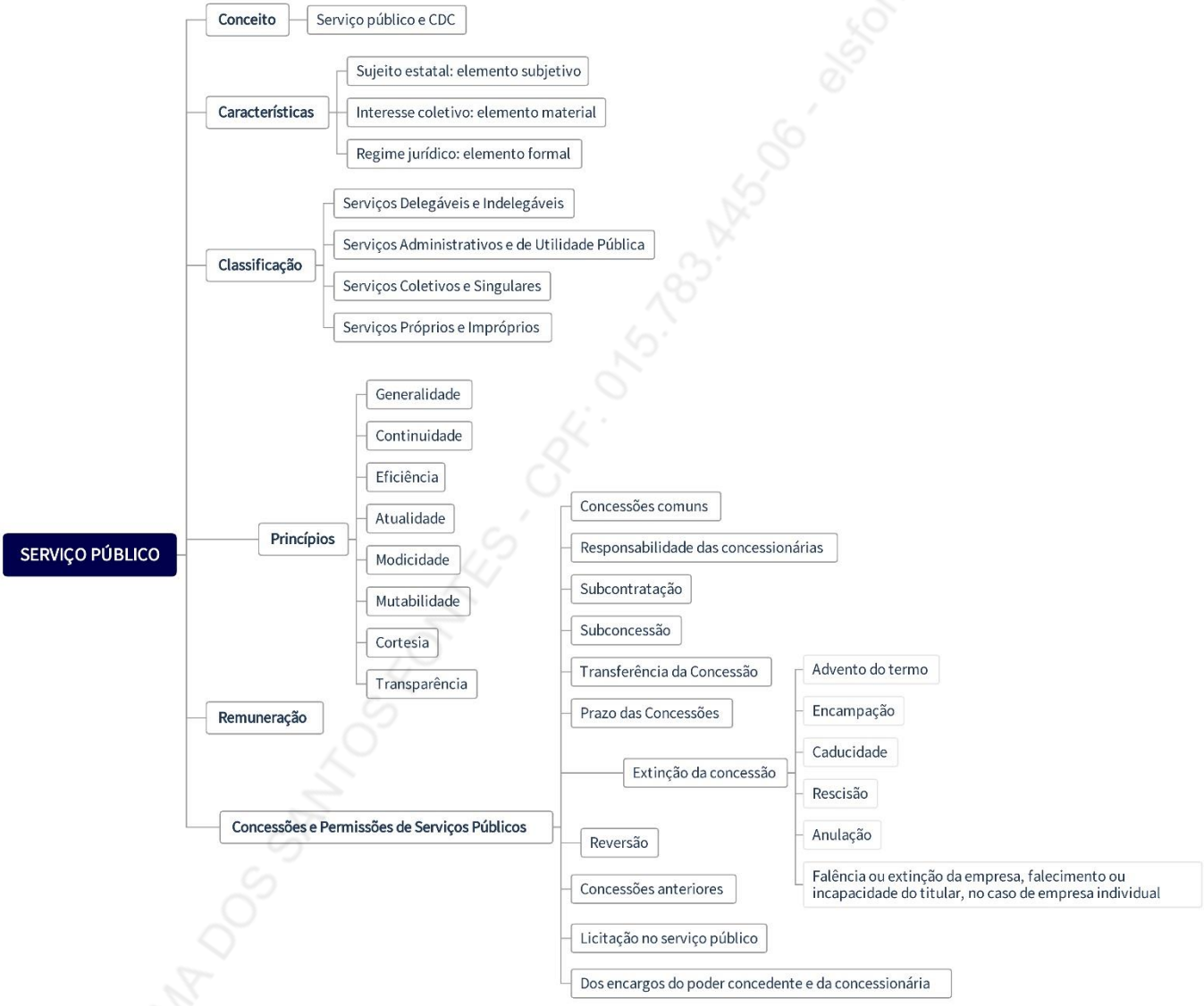
De acordo com o art. 20, VII da CR/88, os terrenos de marinha pertencem à União.

Observe que algumas áreas dos terrenos de marinha se tornaram urbanizáveis por concordância do Governo Federal, passando a ser permitido o uso privado. O uso dessas áreas passou a ser admitido pelo regime da Enfiteuse, na qual a União transfere o domínio útil ao particular, tendo este a obrigação de pagar anualmente a importância do FORO ou PENSÃO. Ademais, o particular também deve pagar, no momento da transferência do domínio útil, o LAUDÊMIO

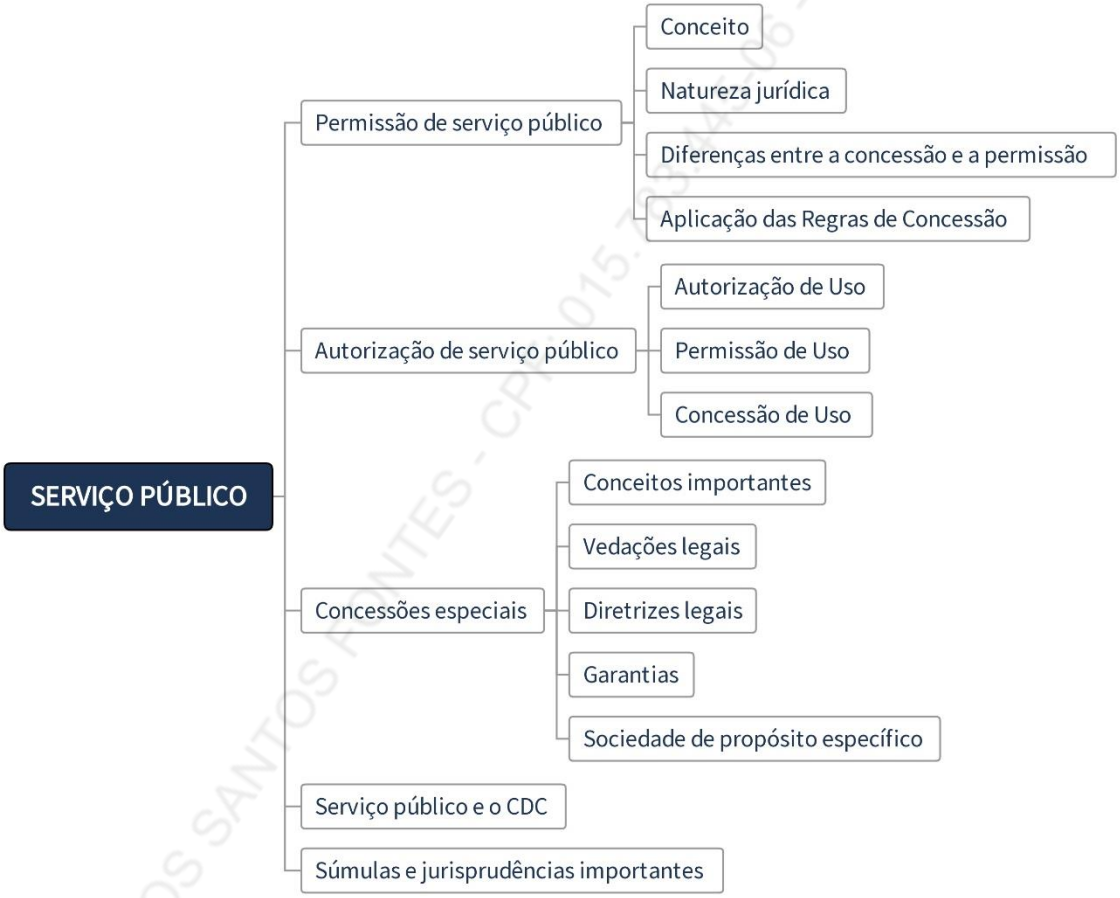
EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

15

SERVIÇO PÚBLICO



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro[225], 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 regime jurídico total ou parcialmente de direito público".

Além disso, a expressão serviço público é uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, afinal tem por objetivo a circulação de bens e serviços a um consumidor final. A despeito de, observa-se que a expressão serviço público não se confunde com atividade econômica em sentido estrito.

1.1. Serviço Público e CDC

Aplicação do CDC: inicialmente, tem-se que aplicação do CDC por força do art. 7º da Lei n.º 8.987/95:

> **Art. 7º.** Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:
> **I -** Receber serviço adequado;
> **II** - Receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
> **III** - Obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)
> **IV** - Levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
> **V -** Comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
> **VI -** Contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Ampliação da aplicação do CDC: nesse sentido, pensa-se na amplitude da aplicação do CDC, tendo-se duas teses: a ampliativa e a intermediária.

Quanto à **tese ampliativa** todos os serviços públicos submetem-se ao CDC, inclusive aqueles remunerados por meio de impostos.

No que concerne à **tese intermediária**, o CDC deve ser aplicado apenas aos serviços públicos *uti singuli*, que são aqueles serviços remunerados individualmente por meio de taxa ou por meio de tarifa, conforme o art. 3.º, § 2.º, do CDC, excluídos, portanto, os serviços públicos *uti universi*.

Além das duas teses supramencionadas, há a **tese restritiva** em que o CDC incide apenas sobre os serviços individuais (*uti singuli*), remunerados por tarifas, excluídos da sua aplicação os serviços *uti universi* e os serviços individuais remuneradas por taxa.

Haverá uma inaplicabilidade do CDC aos serviços remunerados por taxa. A taxa tem natureza tributária e não contratual. A figura do consumidor não se confunde com a figura do contribuinte, razão pela qual a teoria restritiva é a aplicada no Direito brasileiro, aplicando-se o CDC apenas aos serviços remunerados por tarifa.

[225] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.80

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por fim, apesar de divergências doutrinárias, o Estado pode ser caracterizado como consumidor. A divergência advém do fato de que, para a doutrina, ser consumidor pressupõe uma situação de vulnerabilidade e hipossuficiência e que isso não se aplica ao Estado. Todavia, em algumas situações, como na relação de consumo, o Estado pode, sim, ser considerado vulnerável e hipossuficiente.

2. CARACTERÍSTICAS

2.1. Sujeito Estatal: elemento subjetivo ou orgânico

Conforme o art. 175 da CR/88, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ainda que seja prestado por um delegado, o serviço não deixa de ser público. O Estado continua com o "poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço.[226]"

2.2. Interesse Coletivo: elemento material

A prestação dos serviços públicos deve sempre alcançar o interesse da coletividade, isto é, o interesse público.

2.3. Regime Jurídico: elemento formal

Uma vez que o serviço é instituído pelo Poder Público, e objetiva alcançar o interesse público, o regime jurídico aplicável aos serviços públicos será o Direito Público. Porém, não é necessário que o regime seja integralmente público. O serviço público pode ser delegado ao particular. Nessa hipótese, algumas regras de direito privado nela incidirão. Importante dizer que as normas aplicáveis ao serviço público nunca serão integralmente privadas, de forma que sempre haverá normas de direito público sendo aplicáveis. Em outras palavras, pode-se dizer que, quando houver a delegação ao particular, há, na verdade, um regime jurídico híbrido, isto é, normas de direito público e privado incidindo na prestação do serviço público.

3. CLASSIFICAÇÃO

3.1. Serviços Delegáveis e Indelegáveis

Os serviços delegáveis são aqueles que podem ser executados pelo Estado ou também por particulares colaboradores[227]. Pode-se dar como exemplo os serviços de transporte coletivo e energia elétrica.

Por sua vez, os serviços indelegáveis são aqueles que somente serão prestados pelo Estado diretamente, por meio dos seus órgãos e agentes. Pode-se dar como exemplo os serviços de defesa nacional, segurança pública.

[226] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.326

[227] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.327

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3.2. Serviços Administrativos e de Utilidade Pública

São serviços administrativos aqueles que o Poder Público executa para compor melhor a sua organização. Tem por objetivo direto atender às necessidades internas da administração pública. Serviços administrativos visam beneficiar indiretamente a coletividade. Pode-se dar como exemplo os serviços da imprensa oficial.

Diferente, os serviços de utilidade pública são aqueles que se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são serviços que visam beneficiar diretamente a coletividade. Pode-se dar como exemplo os serviços de energia elétrica, fornecimento de gás.

3.3. Serviços Coletivos e Singulares

Serviços Coletivos (*uti universi*) são aqueles prestados a um número indeterminado de indivíduos. Em outras palavras, os serviços coletivos são aqueles em que não se consegue precisar quem são os beneficiários do serviço público, bem como não se consegue determinar a parcela do serviço usufruída pelos usuários. Ex.: iluminação Pública, pavimentação de ruas.

Os serviços coletivos são prestados conforme a discricionariedade administrativa, de modo que não possuem direito subjetivo para a sua obtenção.

Os serviços coletivos serão remunerados, como regra, por impostos pagos pelos contribuintes, haja vista serem serviços indivisíveis.

De outro lado, os serviços singulares (*uti singuli*) são aqueles serviços destinados a pessoas individualizadas, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos. Ex.: energia elétrica e uso de linha telefônica.

São serviços singulares aqueles que são remunerados por tarifa (regime contratual) e por taxa (regime tributário). Exemplo desta última forma de remuneração de serviço público é a coleta domiciliar de lixo.

Os serviços singulares criam direito subjetivo para a sua prestação, caso os indivíduos se mostrem em condições técnicas de recebê-los.

Questão cobrada no TJ-BA:

QUESTÃO DE CONCURSO

CESPE/CEBRASPE - TJ BA - Juiz de Direito Substituto – 2019. O fornecimento de água:

A) é um serviço de utilidade pública, *uti universi* e delegável.

B) pode ter a respectiva taxa alterada pelo concessionário, que poderá considerar aspectos mercadológicos para estabelecer o novo patamar a ser cobrado.

C) é um serviço de utilidade pública que não pode ser prestado por pessoa jurídica de direito privado que não integre a administração pública.

D) não poderá gerar cobrança vinculada de tarifa mínima, sendo imperiosa a correspondência com o efetivo consumo.

E) poderá gerar cobrança distinta de acordo com as categorias de usuários e faixas de consumo.

Gabarito: LETRA E

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Comentários:

Trata-se da redação da Súmula 407-STJ: É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

Letra A – Errada. Trata-se de um serviço *uti singuli*.

Letra B – Errada. Serviço que é remunerado por tarifa.

Letra C – O serviço pode ser prestado por concessionárias e permissionárias de serviço público, sendo integrante ou não da Administração pública.

Letra D – Ressalta-se o julgado do STJ - Na falta de hidrômetro ou defeito no seu funcionamento, a cobrança pelo fornecimento de água deve ser realizada pela tarifa mínima, sendo vedada a cobrança por estimativa. Isso porque a tarifa deve ser calculada com base no consumo efetivamente medido no hidrômetro. (STJ. 2ª T. REsp 1.513.218-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10/3/15 - Info 557)

Observação: taxa x tarifa:

TAXA	TARIFA
Tributo	Não é tributo
Estabelecida por lei	Estabelecida contratualmente
Utilizada por serviços compulsórios	Utilizada por serviços facultativos
Em caso de inadimplemento, não há interrupção	Em caso de inadimplemento, há interrupção do serviço

Já que a taxa é tributo e vale para serviços compulsórios, se o particular deixar de pagar, o poder público não poderá deixar de prestar serviço e terá que realizar a cobrança judicialmente por execução fiscal.

> **Súm. 545, STF**. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

3.4. Serviços Próprios e Impróprios

Serviços próprios são os que atendem a necessidades da sociedade, de forma que a titularidade é exclusiva do Estado que executa esses serviços direta ou indiretamente, por meio dos delegatários de serviço público.

Por sua vez, serviços impróprios são aqueles que satisfazem necessidades coletivas, contudo, não são assumidos e realizados pelo Estado, que somente regula, fiscaliza esses serviços. Na verdade, conclui-se que são atividades privadas. O que essa corrente chama de serviços públicos nessa classificação, em verdade, corresponde a atividades econômicas no campo da ordem econômica. Ou seja, são atividades privadas que receberão impropriamente o nome de serviços público por atenderem a necessidades de interesse geral. Quer dizer, são atividades exercidas por particulares, só que, por satisfazerem a necessidades coletivas, sofrem uma ingerência muito maior do poder de polícia do Estado em razão da sua relevância. Exemplo: serviço de guarda particular de estabelecimentos e residências; serviço de saúde prestados por particulares.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4. PRINCÍPIOS

4.1. Princípios da Generalidade

O princípio da generalidade pode ser entendido como o princípio que exige que os serviços públicos sejam prestados com a maior amplitude possível, ou seja, devem beneficiar o maior número de pessoas possível. Ademais, o princípio da generalidade pode ser entendido como princípio da impessoalidade, uma vez que os serviços públicos devem ser prestados sem discriminação entre os beneficiários que estejam nas mesmas condições técnicas e jurídicas para fruição[228].

4.2. Princípio da Continuidade

De acordo com esse princípio, os serviços públicos não devem sofrer interrupções, isto é, a prestação do serviço deve ser contínua, de modo a evitar que a interrupção "provoque colapso nas múltiplas atividades particulares"[229] .

É por esse princípio que se legitima a existência de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para ocupar as funções públicas que estejam temporariamente vagas.

Embora vigore o princípio da continuidade, faz-se necessário o estudo da suspensão do serviço público. De acordo com o art. 6º, § 3º da Lei nº 8.987/95, não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

> **I** - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
> **II** - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

No que tange ao não pagamento pelo usuário do serviço, deve-se diferenciar os serviços compulsórios e os facultativos. Estes são aqueles que o particular pode ou não requerer a sua prestação. Dessa forma, em razão da facultatividade do serviço, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento. Ex.: suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica[230], bem como os serviços de uso de linha telefônica. Àqueles, por sua vez, não serão permitidas a suspensão, afinal o Estado o impôs coercitivamente ao particular. Ademais, é motivo pela impossibilidade de interrupção do serviço ser ele remunerado por taxa, uma vez que a Fazenda Pública tem mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida. Ex.: taxa de incêndio, taxa de coleta de lixo.

Portanto, é de se concluir que serviços remunerados por taxa não podem ser suspensos, ao passo que os remunerados por tarifa podem ser suspensos.

ATENÇÃO (1): é possível a interrupção de serviços públicos essenciais quando o inadimplente for o particular.

---

[228] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.335

[229] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. P. 335.

[230] STJ – Resp 510.478-PB.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O primeiro fundamento para o corte é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que estabelece a verticalidade na relação entre o particular (administrado) e a administração pública, permitindo que esse poder da administração calcado na verticalidade interrompa o serviço do particular que não paga.

O segundo fundamento é o princípio da continuidade dos serviços públicos para a coletividade. Acontece que o princípio da continuidade sob a ótica da coletividade revela que obrigar o prestador do serviço público a continuar a prestação do serviço público ao usuário inadimplente poderá gerar, no futuro, a impossibilidade de atender aos demais usuários por não haver como cobrir os custos. Dito de outra forma, a prestação do serviço sem a contraprestação do usuário poderia levar à inviabilização do serviço público. Portanto, poderia levar a um desequilíbrio das cláusulas econômico-financeiras.

O terceiro fundamento é a vedação ao enriquecimento sem causa por parte do usuário inadimplente.

O quarto fundamento é o princípio da isonomia, de modo que se deve dar a todos o mesmo tratamento a partir da forma como se comportam.

Posicionamento do STJ: é ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica em razão de débito irrisório, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo cabível a indenização ao consumidor por danos morais.[231]

Importante também o seguinte julgado: é ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária[232].

ATENÇÃO (2): a suspensão do serviço só é admissível no caso de débitos atuais, isto é, aqueles que provêm do próprio mês de consumo ou, ao menos, dos anteriores próximos. Quando se fala em débitos pretéritos não deve o concessionário suspender o serviço. Na verdade, deve-se utilizar das ações de cobrança a que fizer direito[233].

Além disso, o novo usuário não pode sofrer a suspensão do serviço por débito de usuário antecedente. O serviço remunerado por tarifa gera uma obrigação de natureza pessoal, e não *propter rem*.[234]

ATENÇÃO (3): há decisões judiciais que entendem inadmissível a suspensão do serviço público, mesmo pago por tarifa, quando o usuário é o Poder Público[235].

Segundo o STJ, é legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente pessoa jurídica de direito público, desde que precedido de notificação e a interrupção não

---

[231] REsp 811690/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 18/05/2006,DJ 19/06/2006

[232] AgRg no AREsp 346561/PE,Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 25/03/2014,DJE 01/04/2014

[233] STJ - REsp nº 1336889/RS

[234] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. –p.337

[235] STJ - AgRg no Ag de nº 1399175/RJ:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

atinja as unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população[236]. Assim, não é possível o corte do fornecimento de uma escola ou um hospital, mas será possível no caso de uma piscina pública municipal.

ATENÇÃO (4): a jurisprudência do STJ também tem julgado no sentido de que não é possível a interrupção no fornecimento do serviço público que coloque em risco a vida do usuário. Exemplo: pessoa que depende de energia elétrica para manter máquina que mantenha função vital. Mesmo que essa pessoa não pague a conta, o direito à vida, em virtude da ponderação de interesses, prevaleceria ao direito de crédito. Também é o caso da pessoa que tem um *home care* funcionando em sua residência.

ATENÇÃO (5): sobre o dano moral em razão do corte indevido de serviço público, a jurisprudência do STJ possui precedente indicando que esse dano moral também é presumido.

Nesse ponto vale trazer a ementa do AgRg no AREsp 239.749/RS:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE POR DÉBITOS PRETÉRITOS. SUSPENSÃO ILEGAL DO FORNECIMENTO. DANO IN RE IPSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. 2. A suspensão ilegal do fornecimento do serviço dispensa a comprovação de efetivo prejuízo, uma vez que o dano moral nesses casos opera-se in re ipsa, em decorrência da ilicitude do ato praticado. 3. Agravo Regimental da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A desprovido. (AgRg no AREsp 239.749/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014)

ATENÇÃO (6): a divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995[237].

O tema foi cobrado na PGM Manaus:

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE - 2018 - PGM - Manaus - AM - Procurador do Município) De acordo com o STJ, o princípio da continuidade do serviço público autoriza que o poder público promova a retomada imediata da prestação do serviço no caso de extinção de contrato de concessão por decurso do prazo de vigência ou por declaração de nulidade, desde que tal poder realize previamente o pagamento de indenizações devidas.

Resposta: Errado.

Comentário: No Caso de extinção de concessão por decurso do prazo não há que se falar em indenização prévia.

ATENÇÃO (7): é **ilegítimo** o corte no fornecimento de energia elétrica em razão de débito **irrisório**, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo cabível

[236] AgRg no AgRg no AREsp 152296/AP,Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 15/08/2013,DJE 11/12/2013

[237] REsp 1.270.339-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

a indenização ao consumidor por danos morais. É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, **apurada unilateralmente** pela concessionária. Assim, se o débito tiver sido apurado de maneira unilateral pela concessionária, é ilegítima a interrupção do serviço público.

ATENÇÃO (8): suspensão em dias não úteis: o professor chama a atenção ao art. 6º, §4º da Lei nº. 8.987/95, que dispõe não ser possível interromper serviços em sextas, sábados, domingos, feriados ou dia anterior a feriado, uma vez que não são dias úteis e o serviço somente será religado no próximo dia útil. A previsão também está presente no art. 6º, parágrafo único, da Lei 13.460/2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

> **Art. 6º (...), § 4º:** A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)
>
> **Art. 6º (...) Parágrafo único.** É vedada a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário que se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

4.3. Princípio da Eficiência

De acordo com o princípio da eficiência, o Poder Público deve prestar os serviços públicos de forma mais proveitosa com o menor dispêndio possível.

4.4. Princípio da Atualidade

Esse princípio está previsto no art. 6º, § 2º da Lei nº 8.987/95, de modo que compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

4.5. Princípio da Modicidade

Para esse princípio, "os serviços públicos devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço.[238]"

Importante observar o que está legislado no art. 11 da Lei nº 8.987/95, que afirma: no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

[238] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 340.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Ademais, **conforme o art. 18, VI, da Lei nº 8.987/95**, o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

> **(...) VI** - Edital deverá prever: as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados.

4.6. Princípio da Mutabilidade

Por ele, o Estado tem o poder de mudar, de forma unilateral, as regras a incidir sobre o serviço público, tendo como objetivo a adaptação às novas necessidades, satisfazendo o interesse geral a máxima eficácia. Em outras palavras, autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo.

A mutabilidade do serviço público se exterioriza no reconhecimento de prerrogativas ao Poder concedente em relação à concessionária, havendo destaque para a ausência de direito adquirido às condições iniciais pactuadas, ressalvados o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Deve ser destacado também a prerrogativa de alteração unilateral do contrato administrativo.

4.7. Princípio da cortesia

Significa que os serviços e as informações de interesse do usuário devem ser prestados a ele com polidez e educação.

4.8. Princípio da transparência

Significa basicamente que os usuários têm o direito de receber informações tanto do poder concedente quanto da concessionária para a defesa de interesses individuais ou coletivos daqueles.

É um princípio positivado no artigo 7º, II, da Lei 8.987/95.

> **II** - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

Esses usuários, com o fito de se manifestar, possuem o direito de representação junto ao sistema de fiscalização dos serviços concedidos.

5. REMUNERAÇÃO

Os serviços públicos podem ser gratuitos ou remunerados. Os primeiros têm cunho notadamente social e devem levar em conta fatores singulares de indivíduos ou de comunidades. Ex.: serviços de assistência médica e educação. Os segundos, por sua vez, são aqueles em que os indivíduos possuem obrigação pecuniária como contraprestação do serviço.

A forma de remuneração depende da natureza do serviço público. Observa-se que os serviços públicos obrigatórios são remunerados por Taxa, uma espécie de tributo (art. 145, II da CR/88). Os serviços de coleta de lixo. Em razão da obrigatoriedade do serviço e da sua forma de remuneração, esses serviços não podem ser interrompidos pelo Poder Público.

Por sua vez, os serviços públicos facultativos são remunerados por tarifa. Nesse caso, o pagamento é devido pela efetiva utilização do serviço, podendo o particular dele não mais se utilizar se o quiser. Os

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

serviços de energia elétrica e de transporte urbano são remunerados dessa forma. Esses serviços podem ser suspensos pelo prestador, caso o usuário não cumpra o seu dever de remunerar a prestação. Ainda, nos termos do art. 13 da Lei 8987/95, as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Diante disso, o STF adotou a súmula 545 que assim afirma:

> "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e tem sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu."

Sobre as questões de pagamento, nos termos do art. 7º-A da Lei de serviços públicos as concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.

6. CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As concessões de serviço público dividem-se em concessão comum e concessão especial. Aquela é regulada pela Lei nº 8.987/95, ao passo que esta é regulada pela Lei nº 11.079/04.

Nesse ponto, serão estudados apenas as concessões comuns. Mais à frente as concessões especiais serão alvo de análise.

Questão cobrada no TJ-SP:

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP - 2018 - TJ-SP - Juiz Substituto) Sobre a concessão de serviço público, é correto afirmar que:

A) deve ser feita mediante licitação na modalidade concorrência.

B) é vedada a chamada manifestação de interesse por pessoa física ou jurídica de direito privado.

C) a licitação deve observar uma das modalidades previstas na Lei n° 8.666/93.

D) a licitação será inexigível na hipótese de inviabilidade da competição e poderá ser dispensada nas hipóteses previstas na Lei n° 8.666/93.

Resposta: Letra A.

Comentários: Toda concessão de serviço público deve ser licitada na modalidade concorrência.

Letra B – A manifestação de interesse é instituto com previsão na Lei 8.987/95

Letra C – Necessariamente, deve ser adotada a modalidade concorrência.

Letra D – Não é viável a contratação direta na concessão de serviço público.

ATENÇÃO

A questão, atualmente, precisa de atualização, isso porque a nova lei de licitações, 14.133/2021, estabeleceu que a concessão de serviço público pode ser realizada tanto na modalidade concorrência quanto

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

na modalidade diálogo competitivo (art. 2º, II, da Lei 8.987/95). Da mesma forma, também trouxe a mesma previsão para o caso de parceria público-privada (PPP), conforme art. 10, da Lei 11.079/2004.

6.1. Concessões Comuns – Lei nº 8.987/95

De acordo com a Lei nº 8.987/95, a concessão comum divide-se em 1) concessão de serviço público e 2) concessão de serviço público precedida de obra pública.

A concessão de serviço público, de acordo com o art. 2º, II da Lei nº 8.987/95, é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente[239], mediante **licitação**, **na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas** que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado;

O Estado delega o serviço público ao particular, mas mantém consigo o poder de fiscalização. Além disso, na concessão simples, a remuneração das Concessionárias ocorrerá com a utilização do serviço pelos usuários.

Por sua vez, nos termos do art. 2º, III da mesma lei:

> **Lei 8987/95, Art. 2º, III:**
> A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Nessa hipótese, há uma duplicidade de objetos na relação contratual. O primeiro deles é a execução de obra pública. O Poder Concedente delega ao Concessionário a realização de uma obra pública. O segundo objeto é a transferência para o Concessionário da exploração dessa obra. Em outras palavras, há a transferência do serviço público de exploração da obra pública, de modo que àqueles que usufruírem dessa obra realizem o pagamento da tarifa.

O Tema foi cobrado na PGM Fortaleza:

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE - PGM - Procurador do Município – 2017)

Conforme a doutrina, a União pode firmar contrato de concessão com empresa privada, com prazo indeterminado, para, por exemplo, a construção e manutenção de rodovia federal com posterior cobrança de pedágio.

Resposta: Errada.

Comentário: A Concessão sempre será por prazo determinado.

[239] Nos termos do art. 2º, I da Lei nº 8.987/95, o poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Apesar da Lei Federal nº 8.987/95 definir que qualquer concessão será executada por "conta e risco do concessionário", e de boa parte da doutrina tradicional administrativista entender que ao executar o serviço, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento, tal visão não se coaduna com o Direito Administrativo mais atual e com a prática nos contratos de concessão do Estado de São Paulo.

Com efeito, a interpretação do termo "por sua conta e risco" não pode importar em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. É importante ter em mente que qualquer risco é precificado na proposta de qualquer licitante.

Por decorrência lógica, se o Poder Concedente alocar todos os riscos da concessão sob a responsabilidade do Concessionário, todos eles serão considerados, por exemplo, para o cálculo da tarifa (aumentando-a) ou o valor da outorga (diminuindo-a) a ser ofertada, o que na prática acabará sendo desfavorável ao próprio interesse público.

Assim sendo, a melhor interpretação do termo "por sua conta e risco" importa na transferência ao concessionário dos riscos de acordo com o que foi estabelecido no contrato.

O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

6.2. Responsabilidade das Concessionárias

De acordo com o art. 25 da Lei nº 8.987/95:

> Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

Salienta-se, portanto, que a responsabilidade da concessionária é primária e integral. Por sua vez, a responsabilidade do Poder Concedente será somente de forma subsidiária, caso o concessionário não dispuser de meio para reparar os prejuízos causados.

De acordo com o art. 37, § 6º da CR/88,

> A responsabilidade da concessionária será objetiva, afinal, é uma pessoa jurídica prestadora de serviço público. Ademais, o poder concedente também terá uma responsabilidade objetiva, por ser uma pessoa jurídica de direito público, mas de forma subsidiária.

6.3. Subcontratação

De acordo com o art. 25, § 1º da Lei nº 8.987/95,

> A concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Além disso, os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, nos termos do art. 25, § 2º da mesma lei.

A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido, como previsto no art. 25, § 3º da Lei de Concessões.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

6.4. Subconcessão

De acordo com o art. 26, é possível que a concessionária realize uma subconcessão. Para isso, haverá necessidade de previsão no contrato de concessão e expressa autorização do poder concedente.

A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência, como afirma o art. 26, § 1º.

O subconcessionário se sub-rogará a todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão, nos termos do art. 26, § 2º.

6.5. Transferência da Concessão

A transferência da concessão, bem como do controle societário da concessionária necessitará, para acontecer, de prévia anuência do poder concedente. Caso não haja essa anuência, o art. 27 da Lei nº 8.987/95 estabelece que ocorrerá a caducidade do contrato de concessão.

Para haver a anuência do poder concedente, o pretendente deverá:

1) atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;

2) comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Na jurisprudência do STF (ADI 2946), considera-se constitucional a transferência da concessão e do controle societário das concessionárias de serviços públicos, mediante anuência do poder concedente[240].

No nosso sistema jurídico, o que interessa à Administração é, sobretudo, a seleção da proposta mais vantajosa, independentemente da identidade do particular contratado ou dos atributos psicológicos ou subjetivos de que disponha. Como regra geral, as características pessoais, subjetivas ou psicológicas são indiferentes para o Estado. No tocante ao particular contratado, basta que tenha comprovada capacidade para cumprir as obrigações assumidas no contrato.

Nesse sentido, de acordo com o STF, não se constata a burla à exigência constitucional de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, constante do art. 175 da CF, a qual é devidamente atendida com o certame levado a cabo para sua outorga inicial e cujos efeitos jurídicos são observados e preservados no ato de transferência mediante a anuência administrativa. Também não se pode cogitar afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. No procedimento licitatório, a isonomia se concretiza ao se proporcionar a todos os particulares interessados em contratar com a Administração a faculdade de concorrerem em situação de igualdade.

A impessoalidade, por sua vez, decorre da observância de regras objetivas e predefinidas na lei e no edital do certame para a seleção da proposta mais vantajosa, bem como para o escrutínio das características inerentes ao futuro contratado. Não faz sentido exigir que o ato de transferência do art. 27 da Lei 8.987/95 observe os princípios da isonomia e da impessoalidade. A anuência é matéria reservada ao Administrador e pressupõe o atendimento de requisitos bem específicos. A par disso, a operação empresarial sobre a qual

[240] [ADI 2.946, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-3-2022, P, DJE de 18-5-2022.] (art. 27 da Lei nº 8.987/95) [STF. Plenário. ADI 2946/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2022 (Info 1046)].

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

incide a anuência é, tipicamente, um negócio jurídico entre particulares e, como tal, é disciplinado pelo direito privado.

O concessionário, como agente econômico que é, pode decidir sobre os seus parceiros empresariais conforme critérios próprios. Não há, portanto, espaço para aplicação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais são típicos da relação verticalizada que possui uma entidade estatal em um dos polos.

De acordo com o STF, mesmo com a transferência da concessão ou do controle acionário, a base objetiva do contrato continuará intacta. Permanecem o mesmo objeto contratual, as mesmas obrigações contratuais e a mesma equação econômico-financeira. O que ocorre é apenas uma modificação subjetiva, seja pela substituição do contratado, seja em razão da sua reorganização empresarial (e isso nada importa ao poder público).

6.6. Prazo das Concessões

As concessões somente podem ser delegadas ao particular por prazo determinado, como prevê o art. 2º, II e III da Lei nº 8.987/95.

A Lei 8.987/95 não estipula o prazo de duração desse contrato. O poder concedente deve observar a natureza do serviço concedido para fixar o prazo de duração.

Ainda, nos termos do art. 23, XII da Lei nº 8.987/95, o contrato de concessão pode ser prorrogado, configurando essa cláusula como cláusula essencial do contrato.

6.7. Intervenção

A intervenção trata-se de mero procedimento acautelatório, sem quebra da continuidade do serviço. A intervenção não possui natureza de sanção, razão pela qual a sua decretação, desde logo, não exige contraditório e ampla defesa. É no decorrer do processo administrativo que esses princípios serão observados.

O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de 30 dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa e contraditório, conforme estabelece o art. 5º, LV da CR/88. O desrespeito a esses mandamentos constitucionais fere o devido processo legal, nos termos do art. 5º LIV da CR/88.

O procedimento administrativo deverá ser concluído no prazo de até 180 dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada a sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo do seu direito à indenização.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

6.8. Extinção da Concessão

É uma das partes mais relevantes da Lei nº 8.987/95, cujas hipóteses estão previstas no art. 35, não se tratando, porém, de rol taxativo, mas sim de **rol meramente exemplificativo.**

O distrato, por exemplo, que é a extinção por acordo entre as partes, não está no rol do art. 35, mas é causa de extinção da concessão – se o contrato é negócio jurídico bilateral, feito por acordo de vontade das partes, é claro que o acordo entre as partes poderá proceder com a extinção.

> **Art. 35.** Extingue-se a concessão por:
> **I -** Advento do termo contratual;
> **II** - Encampação;
> **III** - Caducidade;
> **IV** - Rescisão;
> **V** - Anulação; e
> **VI -** Falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Estudar-se-á cada uma das hipóteses de extinção, mas as mais relevantes são a da encampação e da caducidade.

6.8.1. Advento do Termo

Essa é a forma natural de extinção de um contrato de concessão de serviço público, prevista no art. 35, I da Lei de concessões. Os efeitos dessa extinção são *ex nunc*. Dessa forma, somente após o termo final é que haverá a reversão à concedente, bem como o concessionário se desvincula das suas obrigações contratuais e legais[241].

Importante observar o art. 36 que dispõe que a reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Em relação a essa situação, necessário faz-se pontuar que a extinção pelo advento do termo não está condicionada ao pagamento da indenização. Tal situação será discutida *a posteriori*[242].

O tema foi cobrado na PGM Manaus.

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE / CEBRASPE - 2018 - PGM - Manaus - AM - Procurador do Município) De acordo com o STJ, o princípio da continuidade do serviço público autoriza que o poder público promova a retomada imediata da prestação

[241] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 406.

[242] STJ – Resp 1.059.137-SC. Rel. Min. Francisco Falcão.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

do serviço no caso de extinção de contrato de concessão por decurso do prazo de vigência ou por declaração de nulidade, desde que tal poder realize previamente o pagamento de indenizações devidas.

Resposta: Errada.

Comentário: No Caso de extinção de concessão por decurso do prazo não há que se falar em indenização prévia.

6.8.2. Encampação

Considera-se encampação, nos termos do art. 37, a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento de indenização.

6.8.3. Caducidade

A inexecução[243] total ou parcial do contrato acarretará a declaração de caducidade da concessão. Ainda, de acordo com o art. 27 da Lei de concessões, a caducidade também ocorrerá quando houver a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia autorização do poder concedente.

A declaração da caducidade da concessão, de acordo com o art. 38, § 2º, deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa e contraditório, nos termos do art. 5º, LV e LIV da CR/88. Dessa forma, não ocorrendo o procedimento administrativo, haverá violação ao devido processo legal.

Entretanto, salienta-se que precederá à instauração do processo administrativo de inadimplência, um comunicado à concessionária, detalhando os descumprimentos contratuais, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais. Somente após abrir essa possibilidade ao concessionário é que o procedimento administrativo será instaurado, conforme previsto no art. 38, § 3º da Lei de concessões.

[243] De acordo com o legislado no art. 38, § 1º da Lei nº 8.987/95, várias são as formas de inadimplemento do concessionário. Veja: A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, nos termos do art. 38, § 4º da Lei de concessões.

Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária, de acordo com o art. 38, § 6º da Lei nº 8.987/95.

6.8.4. Rescisão

A rescisão, prevista no art. 39 da Lei de concessões, poderá ser feita pelo concessionário, caso haja o descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente. O concessionário necessitará de ajuizar uma ação judicial para esse fim.

Além disso, mesmo após a propositura da ação judicial o serviço prestado pela concessionária não poderá ser paralisado até que haja uma decisão transitada em julgado. Dessa forma, não há aplicação da exceção do contrato não cumprido.[244]

6.8.5. Anulação

A anulação, por óbvio, será declarada quando o contrato firmado possuir vícios de legalidade. Como toda anulação, os seus efeitos são *ex-tunc.*

6.9. Reversão

A reversão, de acordo com Carvalho Filho, "é a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente em virtude da extinção do contrato".[245]

O fundamento da reversão é o princípio da continuidade dos serviços públicos, já que os bens, necessários à prestação do serviço, deverão ser utilizados pelo Poder Concedente, após o fim do término do prazo de concessão, sob pena de interrupção da prestação do serviço.

Os bens reversíveis devem ser indicados no edital e no contrato de concessão (arts. 18, X e XI, e 23 da Lei 8.987/1995):

> **Art. 18**. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...)
> **X -** A indicação dos bens reversíveis;
> **XI -** As características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;
>
> **Art. 23**. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...)
> **X** - Aos bens reversíveis;

[244] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 789.

[245] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 411.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A reversão está prevista no art. 35, § 1º da Lei de concessões que estabelece que extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

A reversão pode ser onerosa ou gratuita. Aquela acontecerá quando o poder concedente tiver o dever de indenizar o concessionário, uma vez que este adquiriu os bens com seu exclusivo capital. Por sua vez, a reversão será gratuita quando a tarifa já tiver levado em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos que empregou na aquisição dos bens, nos termos do art. 36 da Lei nº 8.987/95.

6.10. Concessões Anteriores

De acordo com o art. 42, as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.987/95 consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga. Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

Ainda, o art. 43 estabeleceu que as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da CR/88 ficam extintas. Além disso, ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados, ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor da Lei de concessões.

6.11. Licitação no serviço público

De acordo com o art. 14 da Lei 8.987/95, toda a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Assim, aplicam-se diretamente os dispositivos da Lei 8.987/95 e, de maneira subsidiária, a Lei 14.133/2021.

O próprio artigo 18-A da Lei 8.987/95 estabelece que há a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento.

O art. 15 da Lei 8.987/95 estabelece os tipos de licitação a serem observados no julgamento das propostas dos licitantes.

> **I -** o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
> **II -** a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
> **III** - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
> **IV** - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
> **V** - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
> **VI** - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
> **VII** - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Percebe-se também que, em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Questão cobrada na prova da PGE SC:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

QUESTÃO DE CONCURSO

(FEPESE - 2018 - PGE-SC - Procurador do Estado)

Acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto na Lei nº 8.987/1995 e suas alterações posteriores, é correto afirmar:

A) A concessão de serviço público consiste na delegação, a título precário, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

B) A permissão de serviço público corresponde à delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

C) O serviço adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, ainda que exija do usuário, a título de contraprestação, tarifa de caráter elevado.

D) Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

E) Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de calamidade pública, emergência, grave perturbação da ordem ou, ainda, após prévio aviso, quando motivada por razões de inadimplemento do usuário, falta justificada de pessoal ou greve.

Gabarito: Letra D.

Comentários: Trata-se da redação do art. 14 da Lei 8.897/95. Observa-se que os conceitos de concessão e permissão de serviço público estão trocados nas letras A e B. A letra C está nitidamente errada, ao dizer que pode ser exigido do usuário tarifa de caráter elevado, uma vez que vigora o princípio da modicidade das tarifas. Por fim, a letra E está errada, pois "falta justificada de pessoal ou greve" não tem previsão legal.

6.12. Dos encargos do Poder Concedente e da Concessionária

Conforme o art. 29 da Lei 8.987/95, incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **X** - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
> **XI** - incentivar a competitividade; e
> **XII** - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Outrossim, nos termos do art. 30, no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Por outro lado, de acordo com o artigo 31 são obrigações da concessionária:

> **I** - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
> **II** - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
> **III** - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
> **IV** - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
> **V** - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, as obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
> **VI** - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
> **VII** - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
> **VIII** - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

7. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

7.1. Conceito

De acordo com o art. 2º, IV da Lei de concessões, considera-se permissão de serviço público a delegação, a **título precário, mediante licitação**, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à **pessoa física ou jurídica** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

7.2. Natureza Jurídica

Com o advento da CR/88 e da Lei nº 8.987/95, as permissões de serviço público passaram a ter natureza jurídica contratual, de contrato de adesão.[246]

[246] Dessa forma, decidiu o STF na ADI nº 1.491/98.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

7.3. Diferenças entre a Concessão e a Permissão

Antes da CR/88 e a Lei nº 8.987/95 terem firmado posição de que a permissão também possuiria natureza de contrato administrativo, pouco há de se diferenciar entre a concessão e a permissão de serviço público. Analisando o texto legal, pode-se dizer que há apenas duas diferenças entre os institutos.

A primeira diferença reside no sujeito que pode ser um concessionário ou permissionário. De acordo com o Art. 2º, II e III da Lei nº 8.987/95, a concessão poderá ser celebrada com um consórcio de empresas ou com uma pessoa jurídica. Por sua vez, o art. 2º, IV da mesma lei, estabelece que a permissão poderá ser celebrada com uma pessoa jurídica ou uma pessoa física.

A segunda diferença está na precariedade que a permissão possui e a concessão não. Contudo, salienta-se que essa precariedade é discutida doutrinariamente. Segundo vários doutrinadores[247], não há que se falar em precariedade da permissão, exatamente por ser considerada contrato administrativo.

7.4. Aplicação das Regras de Concessão

Ademais, há de se falar que todas as regras aplicáveis à concessão serão aplicáveis à permissão, nos termos do art. 40, parágrafo único da Lei de concessões.

8. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A autorização é um ato administrativo **precário, unilateral, discricionário** e cuja função é consentir com o uso de um bem público ou viabilizar a prática de uma atividade por um particular, caso em que é chamada de autorização de serviço público. Por ser ato discricionário, não gera direito subjetivo e por ser precário, pode ser revogado a qualquer tempo sem direito a indenização.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
PJ ou Consórcio de Empresas	PJ ou PF	PJ ou PF
Licitação – Concorrência ou diálogo competitivo	Licitação – sem especificação da modalidade	Não há licitação
Contrato Administrativo comum (não se pode olvidar que é também um contrato de adesão)	Contrato de Adesão	Ato Administrativo Unilateral e Discricionário
Não é precário – Haverá indenização de houver revogação.	É precário. Portanto, eventual revogação não enseja indenização.	É precário. Portanto, eventual revogação não enseja indenização.
Prazo Determinado	Prazo Determinado	Prazo Determinado

[247] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

OBS.: atenção ao nome dos institutos. Aqui, trata-se de Concessão, Permissão e Autorização de SERVIÇO PÚBLICO. Frisa-se que existe a Concessão, Permissão e Autorização de Uso de bem público.

8.1. Autorização de Uso

A autorização de uso de bem público é um ato administrativo unilateral, discricionário, praticado a título precário, que visa atender interesse predominantemente privado.

É um ato unilateral, afinal há exteriorização da vontade apenas do Poder Público. É discricionário porque haverá a valoração sobre a conveniência e a oportunidade na concessão do ato. Trata-se de ato precário porque a administração pode revogar a autorização se sobrevierem razões para tanto e não haverá direito de indenização.

A autorização, como regra, não deve ser conferida com prazo determinado. Contudo, é possível que a autorização seja praticada por prazo certo. Quando assim for praticada, a autorização perde o caráter de precariedade e a sua revogação ensejará o direito de indenização.

A autorização de uso de bem público prescinde de Licitação.

Ex.: fechamento de ruas para comemorações; utilização de uma área para estacionamento.

8.2. Permissão de Uso

A permissão de uso de bem público é um ato administrativo unilateral, discricionário, praticado a título precário, atendendo ao mesmo tempo interesses público e privado.

A permissão e a autorização de uso são institutos semelhantes. O que diferencia um e outro é o interesse em jogo. Na permissão de uso há uma igualdade dos interesses público e privado.

A permissão, como regra, não deve ser conferida com prazo determinado. Todavia, é possível que a permissão seja praticada por prazo certo. Quando assim for praticada, a autorização perde o caráter de precariedade e a sua revogação ensejará o direito de indenização.

O ato de permissão é um ato personalíssimo ou intuito *personae*, razão pela qual a sua transferência a terceiros só se legitima quando houver consentimento da entidade que conferiu a permissão. Dessa forma, o que há, na verdade, é a prática de um novo ato administrativo.

Com relação à Licitação, a permissão de uso pode ensejar que esta aconteça, quando houver mais de um interessado na utilização do bem, evitando-se, assim, favorecimentos ou preterições ilegítimas. Entretanto, em alguns casos a licitação será inexigível, como, por exemplo, a permissão de uso de calçada em frente a um bar.

Ex.: feiras de artesanatos em praças públicas; vestiários públicos, mesas e cadeiras em calçadas; bancas de jornal.

8.3. Concessão de Uso

A concessão de uso de bem público não é ato administrativo. Na verdade, está-se diante de um contrato administrativo. Portanto, a concessão possui o caráter da bilateralidade.

A concessão de uso deve ser realizada para atividades de maior vulto, no qual o concessionário "assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício da atividade".[248]

Em relação à Licitação, por ser contrato administrativo, a concessão necessita da realização de um procedimento licitatório.

9. CONCESSÕES ESPECIAIS

9.1. Conceitos Importantes

A Parceria Público-Privada é regulada pela Lei 11.079/04, que afirma ser aplicável aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Observa-se, portanto, que há uma exclusão expressa da celebração das PPP's no âmbito do Poder Judiciário.

A legislação e a doutrina admitem a PPP apenas nos casos em que a delegação de serviços via delegação convencional (aquela da lei 8987/95) NÃO FOR VIÁVEL pelo fato de o projeto não ser autossustentável. Ou seja, só se admite a utilização dos mecanismos de PPP naquelas hipóteses em que o projeto requer algum tipo de subsídio governamental, como, por exemplo, a conservação dos presídios, que é uma atividade não autossustentável. Por esse motivo, os projetos financeiramente viáveis, como, por exemplo, os pedágios, são objeto de delegação através dos mecanismos das concessões comuns da lei 8987/95.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 11.079/04, considera-se parceria público-privada o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A PPP patrocinada, nos termos do § 1º do mesmo artigo legal, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Ante ao conceito legal, observa-se que a PPP patrocinada é a concessão comum, prevista na Lei nº 8.987/95, a qual é adicionada a contraprestação pecuniária do parceiro público. De acordo com o art. 2º, § 3º da Lei nº 11.079/04, não será PPP patrocinada, quando não houver a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

O tema foi cobrado na PGM Manaus:

QUESTÃO DE CONCURSO

(CESPE/CEBRASPE - PGM - Procurador do Município - 2018)

Quando se tratar da prestação de serviços dos quais a administração pública seja a usuária direta ou indireta, poderá ser celebrado contrato de parceria público-privada na modalidade concessão patrocinada.

Gabarito: Errada.

[248] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 391.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Comentário: Trata-se do conceito de PPP Administrativa.

Ademais, de acordo com o art. 7º, a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Dessa forma, o pagamento feito pela Administração não pode ocorrer antes da disponibilização do serviço, sob pena de ilegalidade da medida.

> **Lei 11.079/04, Art. 6º:**
> A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:
> **I –** ordem bancária;
> **II –** cessão de créditos não tributários;
> **III –** outorga de direitos em face da Administração Pública;
> **IV** – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
> **V –** outros meios admitidos em lei.

Pode-se dar como exemplos de concessões patrocinadas, a concessão de uma linha de metrô e de um estacionamento.

Por sua vez, a PPP 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.

A PPP administrativa residirá em áreas como a segurança pública, habitação e saneamento básico. Dessa forma, pode-se dar como exemplo a concessão para remoção de lixo, bem como a construção e gerenciamento de presídios.

ATENÇÃO: o art. 6º, §2º da Lei 11.079/04 estabelece que o contrato poderá prever o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, desde que haja autorização no edital de licitação.

Tais aportes, na prática, permitiriam reduzir os custos financeiros do projeto. Há uma combinação mais adequada entre os recursos públicos e privados.

Questão cobrada na prova da PGE SC:

QUESTÃO DE CONCURSO

(FEPESE - 2018 - PGE-SC - Procurador do Estado)

Identifique abaixo as afirmativas verdadeiras (V) e as falsas (F) em relação à parceria público-privada, conforme previsto na Lei n. 11.079/2004 e suas alterações posteriores.

( ) Na contratação de parceria público-privada será observada a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, bem como a transparência dos procedimentos e das decisões.

( ) O contrato de parceria público-privada deve prever o prazo de sua vigência, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação.

( ) O contrato de parceria público-privada deve dispor acerca da repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

( ) O contrato de parceria público-privada não poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade previamente definidos.

( ) A parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, cuja contratação deve ser precedida de licitação na modalidade de concorrência ou tomada de preços.

Assinale a alternativa que indica a sequência correta, de cima para baixo.

A) V • V • V • F • F

B) V • V • F • F • F

C) F • V • V • F • V

D) F • F • V • V • V

E) F • F • F • V • V

Resposta: Letra A

1ª – Verdadeira - Art. 4o Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade.

2ª Verdadeira - Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

3ª – Verdadeira - Art. 5º, III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

4ª – Falsa - Art. 6º § 1º. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

5ª – Falsa – Toda concessão de serviço público será licitada na modalidade concorrência ou na modalidade diálogo competitivo (Art. 10).

9.2. Vedações Legais

Importante artigo da Lei nº 11.079/04 é o art. 2, § 4º, o qual estabelece:

> É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:
> **I** – cujo valor do contrato seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
> **II –** cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou
> **III –** que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Dessa forma, faz-se importante observar que o valor mínimo de uma PPP é R$ 10 milhões. A duração do contrato deve ser de 5 a 35 anos, incluindo eventual prorrogação, nos termos do art. 5º, I da Lei de PPP's.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Além disso, não pode haver uma PPP que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra e de instalação de equipamentos, bem como não pode haver uma PPP cujo objeto seja uma execução de obra pública.

O tema foi cobrado na PGM SBC:

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP - Prefeitura de São José dos Campos - Procurador – 2017)

No que tange à parceria público-privada, considerando os termos da Lei n° 11.079/2004, assinale a alternativa correta.

A) É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

B) Concessão patrocinada 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.

C) A contratação de parceria público-privada não se aplica às sociedades de economia mista.

D) Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão e permissão, nas modalidades patrocinada ou administrativa.

E) É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

RESPOSTA: LETRA E.

LETRA A – Errada. O valor é de R$ 10.000.000,00

Letra B – Errada. Trata-se do conceito de PPP Administrativa

Letra C – Errada. Art. 1º Parágrafo único. Essa Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Letra D – Não há PPP permissão de serviço público

9.3. Diretrizes Legais

As diretrizes para uma PPP estão previstas no art. 4º da Lei n.º 11.079/04, que assim estabelece:

> **Art. 4º** Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> **I** – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
> **II –** respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
> **III** – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
> **IV** – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
> **V –** transparência dos procedimentos e das decisões;
> **VI** – repartição objetiva de riscos entre as partes;
> **VII** – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Algumas dessas diretrizes merecem comentários mais detalhados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Salienta-se o previsto no inciso VI do referido artigo. Ele estabelece o compartilhamento dos riscos. O que a lei propôs é que o parceiro público se solidarize com o parceiro privado, em eventual prejuízo, mesmo que decorrido de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica, conforme o art. 5º, III.

Frisa-se também para o inciso III, o que estabelece a indelegabilidade das funções exclusivas de Estado, como a função jurisdicional e o exercício do poder de polícia. Tais atividades não podem ser delegadas ao particular.

O tema foi cobrado na PGE SP:

QUESTÃO DE CONCURSO

(VUNESP - 2018 - PGE-SP - Procurador do Estado)

Firmado um contrato de parceria público-privada – PPP, na modalidade concessão patrocinada, tendo por objeto a construção e operação de uma linha metroviária, suponha que tenha ocorrido atraso no cumprimento do cronograma de obras estabelecido contratualmente, em face da não imissão na posse de terrenos objeto de desapropriação judicial. Nesse cenário, considere que o parceiro privado venha a pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, apontando frustração de receitas pela redução do prazo efetivo de operação, além de custos de mobilização.

Considerando as disposições da legislação de regência, o pleito de reequilíbrio seria

A) incabível, eis que, em contratos de PPP, o pleito de reequilíbrio somente é oponível ao poder concedente após iniciada a fase de operação ou a efetiva disponibilização de parcelas fruíveis do objeto.

B) cabível apenas se verificada a ocorrência de evento que caracterize fato do príncipe, único risco passível de alocação ou imputação ao poder concedente em tal modalidade contratual.

C) incabível, eis que, em tal modalidade contratual, a única forma de mitigar os riscos suportados pelo parceiro privado é mediante a modulação da contraprestação, considerando-se como parcela fruível aquela prevista no cronograma físico-financeiro fixado contratualmente, independentemente da efetiva execução.

D) inviável, eis que, em se tratando de uma modalidade contratual, que é espécie do gênero concessão, a exploração do objeto dar-se-á, integralmente, por conta e risco do concessionário, vedada a alocação de riscos econômicos ao parceiro público.

E) cabível, desde que a matriz de riscos do contrato tenha alocado o risco de atraso da disponibilização dos terrenos ao poder concedente, existindo, em tal modalidade contratual, ampla margem legal para estabelecer a divisão dos riscos entre as partes.

Resposta: Letra E.

Comentário: Trata-se da repartição objetiva dos riscos exigida pela Lei de PPP's. Ademais, o contrato administrativo deve estabelecer a divisão dos riscos entre o parceiro público e o parceiro privado.

Enunciado 34 do CJF:

> Nos contratos de concessão e PPP, o reajuste contratual para reposição do valor da moeda no tempo é automático e deve ser aplicado independentemente de alegações do Poder Público sobre descumprimentos contratuais ou desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, os quais devem ser apurados em processos administrativos próprios para este fim, nos quais garantir-se-ão ao parceiro privado os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

9.4. Garantias

De acordo com o art. 8o da Lei nº 11.079/04, as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

> **I –** vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
> **II –** instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
> **III –** contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
> **IV –** garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
> **V** – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
> **VI** – outros mecanismos admitidos em lei.

9.5. Sociedade de Propósito Específico

De acordo com o art. 9º da Lei das PPP's, antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. A SPE é uma pessoa jurídica de direito privado.

Dessa forma, o licitante vencedor deverá instituir essa sociedade de propósito específico, a qual irá assinar o contrato das PPP's com o Poder Concedente.

A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

No caso de transferência do controle da sociedade de propósito específico, essa situação estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato. Explicita-se o art. 27, parágrafo único da Lei nº 8.987/95, que estabelece requisitos relativos à capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, que habilitem à execução do contrato.

Por fim, fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante dessas sociedades.

10. SERVIÇO PÚBLICO E O CDC

Fatalmente, pela análise da legislação, seja da Lei 8.987/95 (art. 7º), seja do próprio Código de Defesa do Consumidor (art.22), aplica-se a legislação consumerista na prestação do serviço público. Não há dúvidas sobre isso. A grande discussão ocorre em torno da amplitude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Surgem, então, teorias acerca da aplicabilidade do CDC.

1) Tese ampliativa – Como pode-se imaginar, por essa teoria, todos os serviços públicos se submeteriam ao CDC;

2) Tese intermediária – Por essa teoria, o CDC deve ser aplicado apenas aos serviços *uti singuli*, haja vista que estes serviços são remunerados individualmente pelos usuários, seja por taxa, seja por tarifa. Exclui-se, portanto, os serviços *uti universi*, uma vez que são remunerados, como regra, por impostos.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

3) Tese restritiva – Para essa teoria, o CDC deve ser aplicado apenas aos serviços *uti singuli* remunerados por tarifa, excluindo qualquer outro serviço. Essa é a teoria aplicada no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

11. JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS IMPORTANTES

SÚMULA VINCULANTE Nº 2 - é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

SÚMULA VINCULANTE Nº 12 - a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IivV, da Cconstituição Ffederal. (gratuidadeGratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais).

SÚMULA VINCULANTE nº 19 - a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, IIii, da Cconstituição Ffederal.

SÚMULA VINCULANTE Nº 41 STF - o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

SÚMULA Nº 356 STJ - é legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.

SÚMULA Nº 407 STJ - é legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

São inconstitucionais os dispositivos impugnados, que permitem a transferência *inter vivos* ou *causa mortis* da outorga do serviço de táxi, na medida em que não passam pelo crivo da proporcionalidade, da isonomia, da impessoalidade e da eficiência administrativa, gerando, adicionalmente, potenciais efeitos econômicos e sociais perversos que não resistem a uma análise custo-benefício. (...) §§ 1º, 2º e 3º do artigo 12-A da Lei 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, com a redação dada pela Lei 12.865/2013.[249]

[249] [ADI 5.337, rel. min. Luiz Fux, j. 1-3-2021, P, DJE de 25-3-2021]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

16 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. CONCEITO

De acordo com José Santos Carvalho Filho, a expressão 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".[250]

A partir do conceito supramencionado, faz-se importante observar algumas situações. O controle encerra um poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa. Dessa forma, o controle dos atos da Administração consiste na análise desses atos alcançarem à finalidade pública a que se destinam, assim como, encerra o poder de correção das condutas administrativas, seja porque está infringindo normas legais, seja pelo fato de alterar alguma linha das políticas administrativas, de modo a melhor atender o interesse público.

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. Quanto à Natureza do Controlador

Controle Administrativo: é aquele que se origina da própria Administração Pública. É a Administração controlando os seus próprios atos. Esse controle pode ensejar a anulação ou a revogação do ato.

No controle administrativo, a Administração pode atuar de ofício ou mediante provocação. Ademais, poderá ser analisado o controle de legalidade e de mérito do ato administrativo.

Controle Judicial: é aquele realizado pelo Poder Judiciário, que irá decidir sobre a legalidade ou não dos atos da Administração em geral, ensejando a anulação do ato.

Sobre esse controle, o Poder Judiciário somente poderá agir mediante provocação. Além disso, somente poderá analisar a ilegalidade do ato administrativo, pode alcançar atos vinculados e discricionários.

Controle Legislativo: é aquele realizado pelo Poder Legislativo, a partir de critérios políticos ou financeiros e nos limites estabelecidos pela Constituição da República. Notadamente, o controle legislativo é exteriorizado pelos Tribunais de Contas.

O Poder Legislativo pode agir de ofício ou mediante provocação.

2.2. Quanto à Extensão do Controle

Controle Interno: "é aquele exercido por órgãos de um Poder sobre condutas administrativas produzidas dentro de sua esfera"[251]. Ex.: Corregedoria de um órgão controlando os atos dos seus servidores públicos.

Controle Externo: é aquele realizado por um órgão que não se encontra dentro da esfera do órgão controlado. Ex.: Controle do Tribunal de Contas sobre atos do Poder Judiciário e Executivo.

---

[250] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. P. 941

[251] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.943

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nessa classificação, faz-se importante a leitura do art. 74 da CR/88.

> **Art. 74.** Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
> **I** - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
> **II -** comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
> **III -** exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
> **IV -** apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.
> **§ 1º** Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

2.3. Quanto à Natureza do Controle

Controle de legalidade: é aquele em que o órgão controlador realiza uma análise da conduta administrativa e a norma jurídica correspondente. Em outras palavras, analisa-se a compatibilidade do ato editado com o ordenamento jurídico.

O controle de legalidade pode ser exercido pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário e Legislativo.

Controle de Mérito: é aquele realizado levando-se em conta o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo. O controle de mérito é de competência privativa da Administração, não se submetendo ao exame do Poder Judiciário.

2.4. Quanto à Oportunidade

Controle Prévio (a priori): é aquele realizado antes da edição do ato. Dessa forma, possui natureza preventiva. Pode-se dar como exemplo o ajuizamento de um Mandado de Segurança Preventivo.

Controle Concomitante: é aquele realizado no decorrer da prática do ato. Esse controle possui natureza preventiva e repressiva, conforme o andamento da atividade administrativa. Pode-se dar como exemplo o controle de obra pública.

Controle Posterior (a posteriori): é aquele realizado posteriormente à edição do ato. Normalmente, as ações judiciais são os instrumentos que concretizam esse controle.

3. CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é aquele realizado pelo Poder Executivo e pelos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário, com o objetivo de confirmar, rever ou alterar os atos praticados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Importante, observar que o controle administrativo é um controle interno, isto é, haverá uma fiscalização dentro da estrutura do Poder.[252] Além disso, esse controle se concretiza por meio de 3 instrumentos, quais sejam, 1) Controle Hierárquico; 2) Controle de Vinculação e 3) Recursos Administrativos.

3.1. Recursos Administrativos

De acordo com Carvalho Filho, os recursos administrativos "são os meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo".[253] Os recursos administrativos, dessa forma, são os meios adequados para impugnar um ato da Administração. Ademais, consagram o Direito de Petição, previsto no art. 5º, XXXIV da CR/88, bem como o direito ao Contraditório e Ampla Defesa, nos termos do art. 5º, LV da CR/88.

3.1.1. Classificação

A classificação mais importante dos recursos administrativos é aquela que os divide em recursos próprios e impróprios. Aqueles recursos são aqueles que tramitam internamente nos órgãos ou pessoas administrativas. Ex.: recurso contra o ato de diretor de divisão para o diretor do departamento-geral.

Por sua vez, estes recursos são aqueles em que o recorrente se dirige a autoridades administrativas de órgão estranho àquele de onde se originou o ato impugnado. O que se quer dizer é que não há relação hierárquica (não há subordinação) entre a autoridade/órgão controlado e a autoridade/órgão controlador. O que há entre essas autoridades/órgãos é a vinculação. Ex.: recurso interposto contra ato do presidente de uma autarquia federal direcionado para o Presidente da República.

Outra classificação importante dos recursos administrativos é aquela que os divide em recursos incidentais e recursos deflagradores. Em relação aos primeiros, pode-se dizer que são aqueles "interpostos pelo interessado quando já está em curso o processo administrativo e o insurgimento se dá contra algum ato praticado no processo"[254]. Ex.: Recurso de servidor contra sanção sofrida no PAD.

De outro lado, os recursos deflagradores são aqueles que iniciam um processo, de modo que são interpostos sem que haja qualquer processo anterior em andamento. São verdadeiros recursos autônomos. Ex.: representação.

3.1.2. Recursos Administrativos em Espécie

Representação: é o recurso administrativo pelo qual o recorrente denuncia ilegalidades e abusos dos agentes públicos, postulando a apuração e a regularização dessas situações.

A representação pode ser formalizada por qualquer pessoa, ainda que não afetada pela conduta abusiva ou pela ilegalidade, nos termos do art. 74, § 2º da CR/88.

Reclamação: é o recurso administrativo pelo qual o interessado requer a revisão do ato que lhe prejudica algum direito ou interesse.

---

[252] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[253] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p. 952

[254] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 956

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Dessa forma, diferente da representação, a reclamação somente pode ser formalizada pelo titular do direito ou interesse violado.

Pedido de Reconsideração: é o recurso administrativo dirigido à mesma autoridade administrativa que praticou o ato.

Revisão: é o recurso administrativo pelo qual o interessado postula a reapreciação de determinada revisão já proferida em processo administrativo.

3.1.3. Reformatio in Pejus

A reformatio in pejus consiste na possibilidade de haver o agravamento da situação do recorrente, quando somente ele recorreu. A Lei nº 9.784/99, Lei do processo administrativo federal, deu correto tratamento à matéria.

Nos termos do art. 64 da referida lei, o órgão competente para decidir o recurso poderá dar outra solução, total ou parcialmente, a decisão recorrida. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo afirma que o recorrente deve ser cientificado para formular suas alegações antes da decisão, caso haja a *reformatio*. Contudo, cabe ressaltar que esta somente poderá acontecer se houver alguma ilegalidade na decisão. Não haverá a reforma para prejudicar o recorrente por motivos de nova interpretação. Por fim, deve-se ter em mente que a reforma para pior pressupõe um processo em andamento.

Diferente, o art. 65 da Lei 9.784/99 estabeleceu que a revisão de sanções decorrentes de processos administrativos não pode agravar a situação do recorrente. Isto se deve exatamente pelo fato de a revisão ser cabível quando já há processo extinto.

3.1.4. Exigência de Garantia

Em relação à exigência de garantia, importante é a leitura da Súmula Vinculante nº 21 do STF:

> É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Dessa forma, atualmente, entende-se por inconstitucional a lei que exige o depósito prévio para a interposição de recurso administrativo. Portanto, o art. 56, § 2º da Lei nº 9.784/99 é inconstitucional.

3.1.5. Exaustão da Via Administrativa

É necessário exaurir a via administrativa para só depois recorrer ao Poder Judiciário? Essa é uma pergunta extremamente comum. A essa pergunta, a resposta será negativa. Não é necessário o percurso efetivo das vias recursais administrativas. Basta que haja lesão ou ameaça a lesão ao direito do indivíduo para manejar alguma ação judicial, nos termos do art. 5º, XXXV da CR/88, que consagra o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário.

Porém, a própria Constituição de 1988 assentou, no art. 217, § 1º, que Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva. Em outras palavras, quando o assunto for justiça desportiva, faz-se necessário o esgotamento das vias administrativas da justiça desportiva. Somente após a exaustão é legítima a ação na justiça comum.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O uso da Reclamação (instituto que visa anular atos que contrariam enunciado de súmula vinculante) também só se legitimará após o esgotamento da via administrativa, nos termos do art. 7, § 1º da Lei nº 11.417/06.

3.1.6. Efeitos

Os recursos administrativos, em regra, possuem apenas o efeito devolutivo. Nos termos do art. 61 da Lei nº 9.7984/99, salvo disposição legal em contrário, o recurso administrativo NÃO tem efeito suspensivo. A razão para isso é lógica, uma vez que os atos administrativos são dotados da presunção de legitimidade. Dessa forma, o inconformismo do indivíduo não possui força para paralisar a atividade administrativa.[255]

A despeito disso, o próprio art. 61, em seu parágrafo único estabelece que havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso administrativo.

Importante ponto a ser observado é a possibilidade do manejo de ações judiciais mesmo com a interposição de recurso administrativo. Deve-se ter em mente que, caso o recurso tenha apenas o efeito devolutivo, pode o interessado acionar a via judicial desde logo, haja vista que o ato impugnado continua a produzir normalmente os seus efeitos. Mas, caso o recurso também possua o efeito suspensivo, o ato fica sem efeito, não atingindo a esfera jurídica do particular. Nesse caso, é necessário aguardar a decisão do recurso administrativo, de modo que mantendo o ato, nasce o interesse de agir para o lesado.

4. CONTROLE LEGISLATIVO

O controle legislativo é o controle realizado pelo Poder Legislativo, consistente na fiscalização política e financeira da Administração Pública.

4.1. Espécies de Controle Legislativo

4.1.1. Controle Político

O controle político é aquele que possibilita a fiscalização dos "atos ligados à função administrativa e de organização do Executivo e do Judiciário".[256]

A Constituição da República estabelece vários tipos de exteriorização do controle político. O art. 49 da carta constitucional elencou alguns casos em que o Congresso Nacional pode realizar o controle político. Para ilustrar o que aqui se diz, pode-se dar como exemplo o art. 49, III (autorização para o Presidente da República ausentar-se do país) e X (fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo), ambos da CR/88.

Importante forma de controle realizado por qualquer uma das casas legislativas ou de suas comissões é o poder convocatório. O que se quer dizer com esse poder é a possibilidade de convocação de Ministro de Estado ou autoridades ligadas diretamente à Presidência da República para realizarem depoimento sobre assunto previamente determinado, nos termos do art. 50, *caput* da CR/88. Sobre esse comparecimento,

[255] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p. 960.

[256] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p. 1002.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

importante observar o que leciona o art. 50, § 2º da CR/88, que estabelece como crime de responsabilidade a sua recusa ou o não comparecimento.

Outra importante forma de controle é o previsto no art. 49, V da CR/88, o qual estabelece a possibilidade do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

4.1.2. Controle Financeiro

Nas palavras de Carvalho Filho, "controle financeiro é aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, o Judiciário e sobre a sua própria administração no que se refere à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos".[257]

Como bem apontado, o controle financeiro do Poder Legislativo pode ser interno, quando realiza o controle das suas próprias contas, bem como pode ser um controle externo, quando realiza o controle das contas do Judiciário e do Executivo.

Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas da União é o órgão auxiliar do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliar o controle financeiro externo da Administração Pública, nos termos dos arts. 70 e 71 da CF/88. Importante o texto constitucional presente no artigo 71, o qual assim estabelece que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

> **Art. 70. Parágrafo único, CF/88:** Prestará contas ao Tribunal de Contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.
> **Art. 73. CF/88:** O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional.
> **§ 1º** Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:
> **I -** mais de trinta e cinco e menos de setenta e cinco anos de idade;
> **II -** idoneidade moral e reputação ilibada;
> **III** - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
> **IV -** mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.
> **§ 2º** Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:
> **I** - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;
> **II** - dois terços pelo Congresso Nacional.
> **§ 3º** Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 da Constituição.
> **§ 4º** O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de

[257] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.p.1003.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

juiz de Tribunal Regional Federal.

Salienta-se que as normas previstas nos arts. 70 a 74 são aplicáveis ao TCU. Todavia, sabiamente o art. 75 possibilitou que as normas elencadas para o TCU serão aplicáveis para os TCE's e TCM's, onde estes existirem.

Competências em Espécies

O Art. 71 traz várias competências do Tribunal de Contas da União. Faz-se importante o estudo de algumas dessas competências.

> **I** – É a chamada competência opinativa. Em relação ao Presidente da República, o TCU vai apenas apreciar as suas contas, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 dias a contar do recebimento das contas.
> **II** – Diferente, as demais autoridades o TCU tem a competência para julgar as suas contas.

O TCU exerce uma função não judicial quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de tomada e prestação de contas anual.

> **III** – Trata do registro dos atos admissão de pessoal, bem como a das concessões de aposentadoria, reformas e pensões. Observe que o Tribunal de Contas não irá realizar o registro das nomeações para cargos em comissão.
> **IV** - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
> **V** - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
> **VI** - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
> **VII -** prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
> **VIII** - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
> **IX** - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.
> **X** - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Em relação a essa competência deve-se observar que o Tribunal de Contas tem o Poder Cautelar, isto é, pode o Tribunal agir antes da atuação do órgão ou entidade responsável do ato, para que não haja perecimento de um direito. Ex.: Faltam 2 (dois) dias para a celebração de um contrato licitatório superfaturado. O Tribunal de Contas pode suspender a licitação.

Por fim, cabe ressaltar o que está legislado no art. 71, § 1º a 3º da CR/88. No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **XI** - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Por fim, veja que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Tribunal de Contas e Controle de Constitucionalidade

De acordo com o STF, permitir que o Tribunal de Contas faça controle de constitucionalidade acarretaria triplo desrespeito à Constituição

Ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos de lei aos casos concretos submetidos à sua apreciação, o Tribunal de Contas, na prática, retira a eficácia da lei e acaba determinando aos órgãos da administração pública federal que deixem de aplicá-la aos demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e entre as partes de suas decisões. Isso faz com que ocorra um triplo desrespeito à Constituição Federal, tendo em vista que essa postura atenta contra:

- O Poder Legislativo (que edita as leis);
- O Poder Judiciário (que detém as competências jurisdicionais);
- O Supremo Tribunal Federal (que possui a missão de declarar constitucional ou inconstitucional as leis ou atos normativos, de forma geral e vinculante).

Tribunais de Contas e Municípios

> **Art. 31, CF/88**. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal.
> **§ 1º** O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.
> **§ 2º** O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.
> (...)
> **§ 4º** É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

5. CONTROLE JUDICIAL

Controle Judicial é a fiscalização feita pelo Poder Judiciário dos atos praticados pela Administração Pública.

5.1. Sistemas de Controle

5.1.1. Sistema do Contencioso Administrativo

O sistema do contencioso administrativo é também chamado de sistema de dualidade de jurisdição. Consiste na existência de uma justiça administrativa, ao lado do Poder Judiciário. É um sistema idealizado pelos franceses.

De acordo com esse sistema de controle, as decisões da justiça administrativa não podem ser revistas pela justiça judiciária. De acordo com o Carvalho Filho "a jurisdição é dual na medida em que a função

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa."[258]

Importante observar que a Justiça Administrativa é a competente para julgar causas que envolvam o Poder Público, tais como a invalidação e a interpretação de atos administrativos.

5.1.2. Sistema de Unidade de Jurisdição

Esse sistema é também chamado de sistema do monopólio de jurisdição ou sistema inglês. De acordo com esse sistema, todo e qualquer litígio estará sujeito à análise e decisão de uma única justiça, qual seja: Poder Judiciário.

Esse é o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro.

5.2. Natureza

O controle judicial sobre atos da Administração Pública é um controle de legalidade, exclusivamente. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve realizar o confronto do ato com as leis, a Constituição e os princípios do direito.

É vedado ao Judiciário analisar o mérito do ato administrativo. Realizar a valoração de oportunidade e conveniência são privativos do Administrador público. Isto se justifica em razão da repartição de poderes, prevista no art. 2º do texto constitucional.

5.3. Instrumentos de Controle

5.3.1. Meios Inespecíficos

Esses meios de controle judicial são as ações judiciais que toda e qualquer pessoa pode ajuizar, sem que exijam a presença do Estado em um dos polos da relação processual. Pode-se dar como exemplo as ações ordinárias, a ação penal.

5.3.2. Meios Específicos

Esses meios de controle judicial, por sua vez, são as ações que exigem a presença do Poder Público em um dos polos da demanda, seja das Pessoas Jurídicas públicas ou dos agentes públicos. Pode-se dar como exemplo o mandado de segurança, a ação popular, o habeas data e a ação civil pública.

a) Mandado de Segurança

De acordo com o Art. 5º, LXIX, da CR/88, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Trata-se do Mandado de Segurança Individual, em que se defende direito líquido e certo do próprio impetrante.

[258] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1015

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por sua vez, o art. 5º, LXX consagra o mandado de segurança coletivo que pode ser impetrado por:

> **a)** partido político com representação no Congresso Nacional;
> **b)** organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Há ainda mandado de segurança preventivo e repressivo. O primeiro refere-se quando houver ameaça ou justo receio de lesão ao direito líquido e certo. O segundo, quando busca-se reparar a lesão efetiva ao direito líquido e certo.

O mandado de segurança é regulamentado pela Lei n.º 12.016/09.

O direito líquido e certo, de acordo com o Professor Hely Lopes Meirelles, seria o "manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração". Seria aquele demonstrado por uma prova pré-constituída.

No que se refere à legitimidade ativa, tem-se o titular do direito violado, ao passo que a legitimidade passiva é a autoridade coatora.

De acordo com Art. 5º da Lei 12.016/09, não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

> **I -** de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
> **II -** de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
> **III** - de decisão judicial transitada em julgado.

Nesse sentido, ainda, o art. 1º, §2º estabelece que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Por outro lado, há Súmula nº 333 do STJ, segundo a qual cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Outro importante ponto a ser estudado é a ADI 4296 julgada pelo STF, que julgou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Mandado de Segurança. Nesse julgado, o STF declarou constitucionais os seguintes trechos:

> **Art. 1º, § 2º:** Não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público.
> **Art. 7º** Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.
> **Art. 23.** O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.
> **Art. 25.** Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Por outro lado, foram julgados inconstitucionais:

> **Art. 22, § 2º:** No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> pronunciar no prazo de 72 horas.

É inconstitucional a exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo, pois a disposição restringe o poder geral de cautela do magistrado.

> **Art. 7º, § 2º:** Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

É inconstitucional ato normativo que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental.

Também se faz necessário estudar a **teoria da encampação**. A teoria da encampação possui os seguintes requisitos (Súmula 628 do STJ):

> Existência de vínculo hierárquico entre a autoridade coatora indicada equivocadamente e aquela que efetivamente ordenou a prática do ato impugnado;
> Ausência de modificação de competência definida no texto constitucional;
> Defesa da legalidade do ato impugnado com ingresso no mérito do mandado de segurança.

b) Mandado de Injunção

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, LXXI, da CR/88, segundo o qual conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esse dispositivo constitucional é regulamentado pela Lei nº 13.300/21.

O mandado de injunção possui as seguintes **espécies:**

- **Individual:** proposto por qualquer pessoa física ou jurídica, em nome próprio, defendendo interesse próprio.
- **Coletivo:** proposto por legitimados restritos previstos na Lei, em nome próprio, mas defendendo interesses alheios.

> **Art. 12.** O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:
> **I -** pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
> **II -** por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
> **III** - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
> **IV -** pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Como pode ser observado, o Mandado de Injunção terá **cabimento** quando houver uma ausência de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício de algum direito. Nesse sentido, a ausências de normas regulamentadoras pode ser **total** ou **parcial.**

- Total: quando não houver norma alguma tratando sobre a matéria;
- Parcial: quando existir norma regulamentando, mas esta regulamentação for insuficiente e, em virtude disso, não tornar viável o exercício pleno do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição.

Ponto relevante que é preciso enfrente está relacionado aos **efeitos da decisão** do Mandado de Injunção. Dois efeitos são possíveis: o efeito objetivo e o efeito subjetivo.

O primeiro está relacionado à concretude ou não que a decisão do Poder Judiciário pode ter. Nesse sentido, há o efeito **não concretista** e o **concretista.**

O efeito não concretista implica no fato de o Poder Judiciário dever apenas comunicar ao Poder, ao órgão ou à autoridade omissa a omissão.

Por sua vez, o efeito concretista implica no fato de o Poder Judiciário editar a norma que está faltando ou determinar que seja aplicada, ao caso concreto, uma já existente para outras situações análogas.

Essa teoria concretista se divide em **concretista direta e intermediária**. Pela direta, o Poder Judiciário deverá implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e isso deverá ocorrer imediatamente, não sendo necessária nenhuma outra providência, a não ser a publicação do dispositivo da decisão.

Por sua vez, pela teoria intermediária, o Poder Judiciário deverá dar um prazo para que o órgão omisso elabore a norma. Caso essa determinação não seja cumprida no prazo estipulado, aí sim o Poder Judiciário poderá viabilizar o direito, liberdade ou prerrogativa.

Assim, a Lei 13.300/16, como regra, adota a aplicação da corrente concretista intermediária. Excepcionalmente, será adotada a teoria Concretista Direta, de modo que será dispensada a determinação de prazo, quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Por sua vez, no que tange à **eficácia subjetiva**, há os **efeitos individual e geral**. O efeito individual a decisão seria aplicada apenas para o autor do Mandado de injunção, ao passo que a geral, a decisão terá eficácia *erga omnes*.

A Lei 13.300/16, como regra, adota a corrente concretista individual. Excepcionalmente, a Lei nº 13.300/2016 afirma que poderá ser conferida eficácia ultra partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º). Essa possibilidade se aplica tanto para o MI individual como para o coletivo (art. 13).

c) Habeas Data

O habeas data possui como conceito o fato de ser uma ação constitucional cujo objetivo é assegurar o conhecimento, retificação ou anotação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais, ou de caráter público. O Habeas Data está previsto no art. 5.º, LXXII, da CR/88 e é disciplinado pela Lei 9.507/1997.

No que tange à **legitimidade ativa**, o habeas data pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira. Os legitimados ativos somente podem utilizar o habeas data para requerer

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

informações que lhes dizem respeito (legitimação ordinária), sendo vedada a sua utilização para pleitear informações de terceiros. Excepcionalmente, o STJ admite que o cônjuge supérstite impetre o remédio jurídico na defesa de interesse do falecido.

Por sua vez, os **legitimados passivos** do habeas data são as "entidades governamentais ou de caráter público" (art. 5.º, LXXII, "a", da CRFB). As entidades governamentais incluem todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por outro lado, as entidades de caráter público são as entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, responsáveis por registros ou banco de dados de acesso ao público em geral.

De acordo com o art. 1.º, parágrafo único, da Lei 9.507/1997, "considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações" (ex.: Serviço de Proteção ao Crédito – SPC.

Outro ponto relevante está relacionado ao **objeto** do *Habeas Data*. O *habeas data* possui três objetivos distintos (art. 5.º, LXXII, da CF e art. 7.º da Lei 9.507/1997):

> **Art. 5º, LXXII, CF**
> **a)** para assegurar conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> **b)** para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

> **Art. 7.º da Lei 9.507/1997**
> **III** - anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

ATENÇÃO: a utilização do habeas data está condicionada à recusa de informações por parte da autoridade administrativa (Súmula 2 do STJ).

Nesse sentido, o art. 8.º, parágrafo único, da Lei 9.507/1997 dispõe: que o habeas data depende da comprovação da recusa ao acesso das informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão administrativa e, no caso de retificação ou anotação de informações, do decurso de mais de 15 (quinze) dias sem decisão da autoridade competente.

O fornecimento pela Administração de informações incompletas ou insuficientes equivale à recusa e justifica a impetração do habeas data.

d) Ação Popular

A ação popular possui como **conceito** o fato de ser uma ação constitucional que pode ser proposta por todo e qualquer cidadão com o objetivo de invalidar atos e contratos administrativos considerados ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A **legitimidade ativa** é do cidadão, ou seja, o indivíduo que se encontra no pleno gozo dos seus direitos políticos ativos (capacidade de votar). O autor da ação, por isso, deve instruir a petição inicial com o título de eleitor (art. 1.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

É importante pontuar que não possuem legitimidade para o ajuizamento da ação popular:

a) **Estrangeiros**, pois não possuem capacidade eleitoral ativa (art. 14, § 2.º, da CRFB), ressalvados os portugueses equiparados (art. 12, § 1.º, da CRFB);

b) **Indivíduos com direitos políticos suspensos** (ex.: suspensão de direitos políticos decretada na ação de improbidade administrativa – art. 12 da Lei 8.429/1992);

c) **As pessoas jurídicas** (Súmula 365 do STF).

d) **Ministério Público.**

No que tange à **legitimidade passiva**, temos os:

a) **Entes da Administração Pública Direta** (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);

b) **Entidades da Administração Pública Indireta** (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito público e de direito privado), incluídas as empresas incorporadas ao patrimônio público;

c) **Entidades privadas com participação do Estado;**

d) **Entidades privadas que recebem subvenção dos cofres públicos**, incluídas aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (ex.: Serviços Sociais Autônomos – Sistema S, Organizações Sociais – OS, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs etc.);

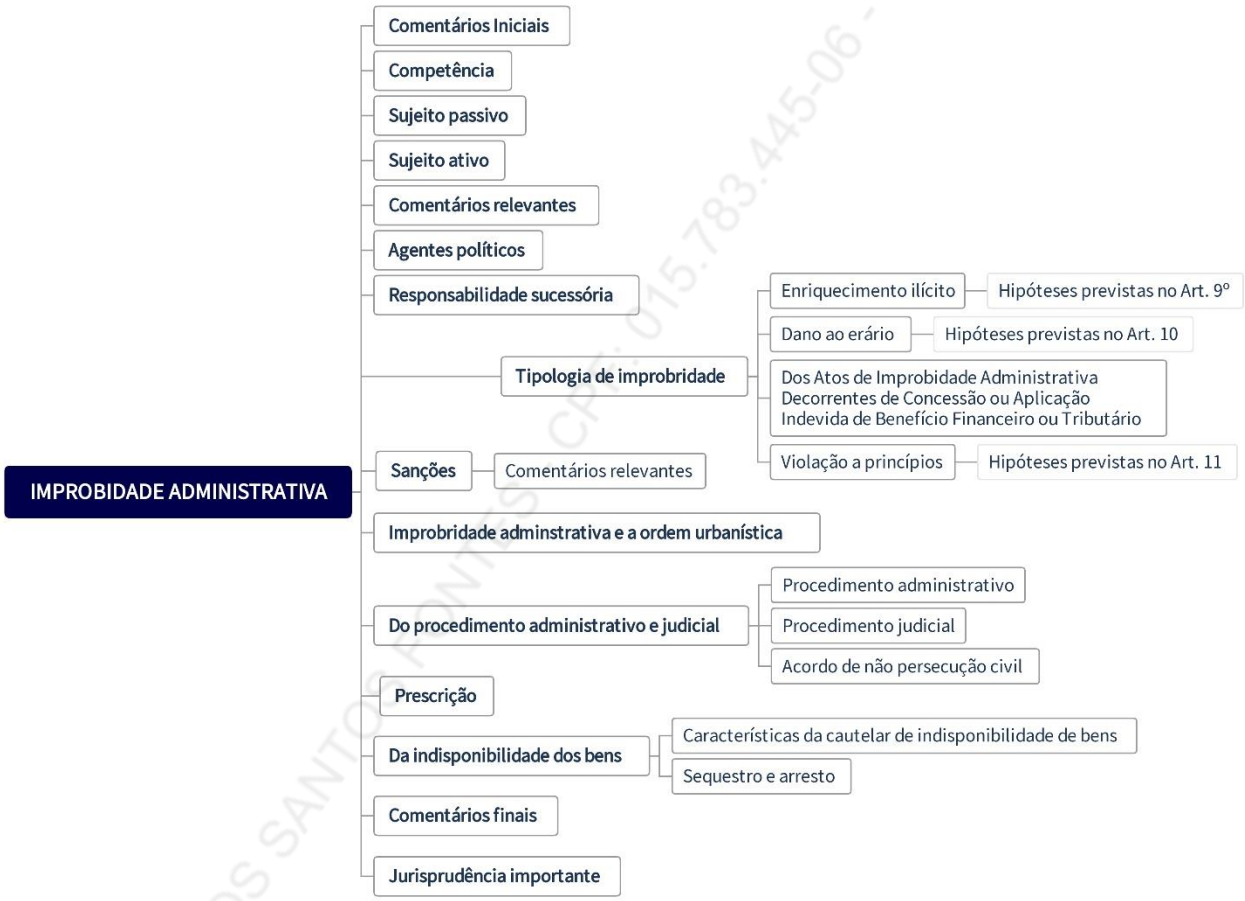
e) **Autoridades, funcionários ou administradores** que tenham autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e

f**)** **Beneficiários diretos do ato**. Todos os legitimados devem figurar no polo passivo da relação processual, pois se trata de litisconsórcio passivo necessário simples. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, uma vez citadas, podem encampar o pedido, atuando no polo ativo, em litisconsórcio com o autor popular (art. 6.º, § 3.º, da Lei 4.717/1965).

No que se refere ao **objeto**, a ação popular tem por objetivo anular os atos e contratos, ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5.º, LXXIII, da CRFB)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

17 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. COMENTÁRIOS INICIAIS

A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada, isto é, uma situação de enorme gravidade.

O conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por estar no campo do direito sancionador, é inelástico, isto é, não pode ser ampliado para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. Nesse sentido, o referencial da Lei n.º 8.429/1992 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Portanto, não há improbidade administrativa, por exemplo, na prática de eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso os ofendidos pela conduta sejam particulares que não estavam no exercício de função pública. Esse é o entendimento da doutrina, chancelado pela jurisprudência do STJ.[259]

Entretanto, cabe observar que o próprio STJ entendeu que a tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da administração pública.**[260]

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 é o dispositivo constitucional que consagra a improbidade administrativa e segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. No caso concreto, o juiz não precisa aplicar todas as sanções previstas constitucionalmente. Ainda, a Lei n.º 8.429/92, que regula a improbidade administrativa, elenca outras sanções.

A Lei de Improbidade não é aplicada a fatos ocorridos anteriores a sua edição, conforme entendimento do STJ.[261]

A ação de improbidade administrativa não configura uma ação penal. Sempre se pontuou que a ação de improbidade era uma ação civil. Todavia, o art. 17-D estabelece que a ação seria repressiva, de caráter sancionatório.

De toda forma, assim como já vigorava anteriormente, não há que se falar em foro por prerrogativa de função nessas ações. Isso ocorre pelo fato de que Constituição Federal de 1988 prevê foro apenas para as ações penais, como se depreende da leitura dos artigos 102 e 105.[262]

ATENÇÃO

Posicionamento do STJ: Ação Civil de perda de cargo de Promotor de Justiça cuja causa de pedir não esteja vinculada a ilícito capitulado na Lei n.º 8.429/1992 deve ser julgada pelo Tribunal de Justiça.[263] STJ. 2ª Turma. REsp 1.737.900-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/11/2019 (Info 662).

[259] Informativo 573 STJ. REsp 1.558.038-PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 27/10/2015, DJe 9/11/2015.

[260] STJ REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016.

[261] STJ. REsp 1129121/GO, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 03/05/2012.

[262] STF. Plenário. Pet 3240/DF, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 10/05/2018.

[263] STJ. REsp 1.737.900-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 19/11/2019, DJe 19/12/2019

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Há de se fazer um *distinguishing* do caso concreto em relação ao posicionamento sedimentado no STJ e no STF acerca da competência do juízo monocrático para o processamento e julgamento das Ações Civis Públicas por ato de improbidade administrativa, afastando o "foro privilegiado ou especial" das autoridades envolvidas. É que a causa de pedir da ação ora apreciada não está vinculada a ilícito capitulado na Lei n.º 8.429/1992, que disciplina as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, mas a infração disciplinar atribuível a Promotor de Justiça no exercício da função pública, estando este atualmente em disponibilidade. Ademais, o STJ possui precedente no sentido de que "a Ação Civil com foro especial não se confunde com a ação civil pública de improbidade administrativa, regida pela Lei n. 8.429/1992, que não prevê tal prerrogativa".[264]

Nos termos do art. 1º, da Lei n.º 8.429/92, o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social.

Por fim, é preciso pontuar a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21 aos fatos ocorridos anteriormente a sua vigência, no que tange aos aspectos benéficos que a nova legislação incrementou, embora a lei tenha sido silente quanto ao ponto.

O art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/92 afirma que se aplicam ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Dessa forma, haveria aplicação retroativa dos aspectos benéficos da Lei nº 14.230/21? Para responder a essa pergunta, faz-se necessário enfrentar o ARE 843989 julgado pelo STF em tese de repercussão geral (Tema 1199).

De acordo com o STF,

> **1)** É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA a presença do elemento subjetivo dolo.

Não obstante, com o advento da nova lei, o agente público que culposamente causar dano ao erário, embora não mais responda por ato de improbidade administrativa, poderá responder civil e administrativamente pelo ato ilícito.

> **2)** A norma benéfica da Lei 14.230/2021 revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes

O princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF/1988, art. 5º, XL) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do direito administrativo sancionador.

[264] STJ. REsp 1.627.076/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 14/8/2018

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Referido princípio baseia-se em particularidades do direito penal, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do *favor libertatis*), fundamento inexistente no direito administrativo sancionador.

Trata-se de regra de exceção que, como tal, deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos, especialmente porque, no âmbito da jurisdição civil, prevalece o princípio tempus regit actum.

> **3)** A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do tipo culposo, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.

Diante da revogação expressa do texto legal anterior, não se admite a continuidade de uma investigação, uma ação de improbidade, ou uma sentença condenatória por improbidade com base em uma conduta culposa não mais tipificada legalmente.

Entretanto, segundo o STF, a incidência dos efeitos da nova lei aos fatos pretéritos não implica a extinção automática das demandas, pois deve ser precedida da verificação, pelo juízo competente, do exato elemento subjetivo do tipo: se houver culpa, não se prosseguirá com o feito; se houver dolo, prosseguir-se-á. Essa medida é necessária porque, na vigência da Lei 8.429/1992, como não se exigia a definição de dolo ou culpa, muitas vezes a imputação era feita de modo genérico, sem especificar qual era o elemento subjetivo do tipo.

Nesse contexto, todos os atos processuais até então praticados são válidos, inclusive as provas produzidas, as quais poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal, assim como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.

> **4)** O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Isso se dá em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

Com efeito, a inércia nunca poderá ser caracterizada por uma lei futura que, diminuindo os prazos prescricionais, passe a exigir o impossível, isto é, que, retroativamente, o poder público — que foi diligente e atuou dentro dos prazos à época existentes — cumpra algo até então inexistente. Por outro lado, a teor do que decidido pela Corte no Tema 897 de repercussão geral, permanecem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na LIA.

Outra relevante decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, refere-se à ADI 7236. Nessa decisão, o STF deferiu parcialmente a medida cautelar, a ser referendada pelo Plenário, para SUSPENDER A EFICÁCIA dos artigos, todos da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021:

- (a) 1º, § 8º;
- (b) 12, § 1º;
- (c) 12, § 10;
- (d) 17-B, § 3º;
- (e) 21, § 4º.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Perceba-se que o STF não declarou os dispositivos inconstitucionais. O que houve foi uma suspensão de eficácia dos dispositivos. Veja-se quais são os dispositivos com eficácia suspensa abaixo:

> **Art. 1º, §8º** - Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

De acordo com o STF, embora a intenção tenha sido proteger a boa-fé do gestor público, o critério é excessivamente amplo e gera insegurança jurídica.

> **12, § 1º -** A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

De acordo com o STF, a defesa da probidade administrativa impõe a perda da função pública independentemente do cargo ocupado no momento da condenação.

Além disso, o STF considerou que a medida pode eximir determinados agentes da sanção por meio da troca de função ou no caso de demora no julgamento da causa.

> **12, § 10 -** Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para o STF, os efeitos dessa alteração podem afetar a inelegibilidade prevista na Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar 64/1990). Observou-se que a suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição) não se confunde com a inelegibilidade da Lei de Inelegibilidade (artigo 1º, inciso I, alínea l, da LC 64/1990). Apesar de complementares, são previsões diversas, com diferentes fundamentos e consequências, que, inclusive, admitem a cumulação.

> **Art. 17-B, § 3º** - Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

O STF pontuou que a medida condiciona o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, em possível interferência na autonomia funcional do MP.

> **Art. 21, § 4º** - A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941

De acordo com o STF, a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa.

Por fim, o STF ainda conferiu interpretação conforme ao artigo 23-C, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Para o STF, o tratamento diferenciado dado a esses casos desrespeita o princípio constitucional da isonomia.

Em meio aos diversos questionamentos em torno da lei de improbidade na nova redação conferida pela Lei 14.230/2021, o Supremo Tribunal Federal também analisou a ADI 4295 em que declarou a constitucionalidade de diversos dispositivos da lei:

> Art. 2º - é possível a responsabilização do agente político também por improbidade administrativa, com exceção do Presidente da República.
>
> Art. 12 – o dispositivo estende a punição do agente para a pessoa jurídica da qual ele seja sócio majoritário. Para o ministro Gilmar Mendes, a regra é razoável e necessária, para evitar que o agente fraude a sanção imposta, obtendo benefícios fiscais ou celebrando contratos públicos por meio de pessoa jurídica.
> Art. 13 – é constitucional a exigência de apresentação da declaração de Imposto de Renda pelos agentes públicos.
> Art. 15 – é constitucional a previsão do acompanhamento processual pelo MP
> Art. 21, I – é constitucional a previsão de condenação independentemente de efetivo dano ao erário, eis que a defesa da probidade administrativa vai além da simples defesa do erário.

2. COMPETÊNCIA

Importante firmar posição de que a competência legislativa sobre improbidade administrativa é privativa da União. Dessa forma, a Lei n.º 8.429/92 é uma lei nacional, e não lei federal. O que se quer dizer é que a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é aplicada para todos os entes da federação.

3. SUJEITO PASSIVO

A legitimidade passiva do ato de improbidade administrativa é da pessoa vítima dos atos ímprobos. O art. 1º, § 5º, da LIA estabelece quem são os sujeitos passivos do ato de improbidade, violando o seu patrimônio público e social: Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como das administrações direta e indiretas, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Também serão considerados sujeitos passivos, nos termos do art. 1º, § 6º, a entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais.

Por sua vez, o art. 1º, § 7º estabelece que também serão considerados sujeitos passivos secundários aqueles que, independentemente de integrar a Administração Indireta, são entidades privadas para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual.

Nesse caso, limitando-se o ressarcimento de prejuízos à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

ATENÇÃO

Não há mais a diferença se a contribuição estatal foi superior ou inferior a 50% do patrimônio ou receita atual da entidade.

Pode-se dar como exemplo dos sujeitos passivos secundários as universidades privadas que recebem benefícios públicos e as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4. SUJEITO ATIVO

O sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade administrativa ou aquele que concorre para sua prática ou dele se beneficia, nos termos do art. 2º e 3º da LIA. Inclusive, importante observar, o art. 2º estabelece um conceito amplo de agente público.

Assim, de acordo com o art. 2º, reputa-se agente público, o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que **transitoriamente ou sem remuneração**, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função públicos.

A grande novidade foi a previsão expressa do Agente Político. Trata-se de concretização da jurisprudência do STF e STJ, além de estar de acordo com o Direito Administrativo sancionador moderno, pois constitucionaliza este último ao trazer uma leitura pautada no princípio da legalidade no afastamento dos tipos sancionadores abertos

Reitera-se observação acima em que o STF declarou o dispositivo constitucional.

Além disso, nos termos do parágrafo único, também será considerado sujeito e se submeterá às sanções legais, no tocante a recursos de origem pública, o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a Administração Pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Ainda, faz-se necessário pontuar que o particular pode responder por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 3º, segundo o qual aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra **dolosamente** para a prática do ato de improbidade, responderá pelos atos ímprobos praticados.

Salienta-se que induzir refere-se àquele que faz nascer a vontade no autor, ao passo que concorrer refere-se às figuras de Partícipe e coautor.

Por sua vez, o § 1º do art. 3º afirma que os sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade a que venha ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, hipótese em que responderão nos limites da sua participação.

O § 2º afirma que as sanções de improbidade não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

5. COMENTÁRIOS RELEVANTES

Importante observar o que afirma o STJ sobre a responsabilidade dos sujeitos ativos: é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda[265]. Por outro lado, faz-se necessário

[265] STJ AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 02/06/2015, DJE 10/06/2015.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

se atentar ao fato de que não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e o particular, conforme já decidido no STJ.[266]

Frisa-se, por sua vez, que o STJ[267] fixou entendimento que é viável o prosseguimento de ação de improbidade administrativa exclusivamente contra particular quando há pretensão de responsabilizar agentes públicos pelos mesmos fatos em outra demanda conexa.

ATENÇÃO

É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. STJ. 1ª Turma. REsp 1.171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014 (Info 535).

Não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e o particular. AREsp n.º 1579273 / SP (2019/0270948-5).

De acordo com o STJ[268], dirigente de entidade privada que administra recursos públicos pode responder sozinho por improbidade. O fato de receber recursos públicos é circunstância que equipara o dirigente da referida ONG a agente público para os fins de improbidade administrativa

Outro ponto relevante é firmar posição de que a pessoa jurídica também pode ser sujeito ativo do ato de improbidade, de acordo com o entendimento do STJ[269]. Esse posicionamento do STJ foi positivado de maneira expressa na Lei n.º 8.429/92, por meio da Lei n. º 14.230/2021.

Não comete ato de improbidade administrativa o médico que cobra honorários por procedimento realizado em hospital privado que também seja conveniado à rede pública de saúde, desde que o atendimento não seja custeado pelo próprio sistema público de saúde. Isso porque, nessa situação, o médico não age na qualidade de agente público e, consequentemente, a cobrança não se enquadra como ato de improbidade.[270]

Os empregados e dirigentes de concessionários e permissionários de serviços públicos não se sujeitam à LIA, uma vez que retiram a sua remuneração da exploração do serviço público. O Estado, geralmente, não destina aos delegatários de serviço público benefícios, auxílios ou subvenções. Entretanto, caso o Poder Público destine-lhes algum benefício, a LIA certamente incidirá.

Importante também é saber se agentes públicos com atribuição consultiva, aqueles que elaboram os pareceres, estão sujeitos às penalidades da LIA. Conforme a melhor doutrina, o parecer, por si só, não é suficiente para legitimar o parecerista a praticar atos de improbidade administrativa, haja vista que do parecer extrai-se apenas a opinião pessoal e técnica daquele que o produz. Porém, o parecerista pode ser sujeito ativo de improbidade administrativa, caso haja com dolo ou erro grave, ou inescusável.

---

[266] STJ. AgRg no REsp 1421144/PB,Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 26/05/2015,DJE 10/06/2015.

[267] AREsp 1.402.806-TO, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 19/10/2021.

[268] AgInt no REsp 1845674/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 18/12/2020.

[269] STJ. REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012

[270] STJ, REsp 1.414.669-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/2/2014.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

A Segunda Turma do STJ[271] que "o estagiário que atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, está (SIM) sujeito a responsabilização por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992)".

6. AGENTES POLÍTICOS

Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, e se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade.

Também se faz importante o estudo do RE 976.566, pelo qual o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> "O processo e o julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias."

7. RESPONSABILIDADE SUCESSÓRIA

De acordo com o art. 8º, o sucessor ou herdeiro daquele que causar dano ao erário ou se enriquecer ilicitamente está sujeito apenas à obrigação de repará-lo, até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido.

A alteração realizada pela Lei n.º 14.230/2021 tem por objetivo delimitar qual será a responsabilidade do sucessor ou do herdeiro, pois a redação anterior dizia que o sucessor se submeteria às sanções previstas em lei.

Outra novidade refere-se ao art. 8º-A, segundo o qual a responsabilidade sucessória também será aplicada na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Nos termos do parágrafo único, especificamente nas hipóteses de **fusão e incorporação**, a responsabilidade da sucessora será **restrita à obrigação de reparação integral do dano causado**, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

8. TIPOLOGIA DE IMPROBIDADE

De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei n.º 8.429/92, consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10 (lesão ao erário) e 11 (violação a princípios) da Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

Importante pontuar que o dolo é elemento necessário para a configuração de qualquer dos três atos de improbidade administrativa, de modo a não mais se admitir a figura da culpa, como era possível no caso de lesão ao erário. Nesse sentido, o art. 1º, § 2º, afirma que se considera dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente.

[271] REsp 1.352.035-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/8/2015, DJe 8/9/2015 (Informativo 568).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Trata-se da figura do dolo específico. De acordo com o STF o dolo específico é a "vontade de praticar a conduta típica, adicionada de uma especial finalidade".

ATENÇÃO

Não há mais ato de improbidade administrativa na modalidade CULPOSA. Todos os atos exigem o DOLO.

Ademais, o art. 1º, § 3º propõe que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Outro ponto relevante é que, nos termos do art. 1º, § 8º, não configurará improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos Tribunais do Poder Judiciário.

> **Art. 1º, § 8º**. Não configurará improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificadas, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos Tribunais do Poder Judiciário.

8.1. Enriquecimento Ilícito

De acordo com o art. 9º da LIA, constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito **auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades sujeitas a sofrer atos de improbidade.

O *caput* estabelece a conduta genérica. Os incisos, por sua vez, retratam as condutas específicas, sendo apenas um rol exemplificativo.

A LIA se preocupou em preservar aquele que se enriquece licitamente. A esse não há qualquer ato de improbidade. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, isto é, aquele que ofende a moralidade e a probidade administrativa.

O art. 9º estabelece, ainda, como pressuposto exigível a percepção de vantagem patrimonial ilícita. Dessa forma, o pressuposto dispensável é o dano ao erário. O que se quer dizer é que, caso haja o enriquecimento ilícito, independe de dano ao erário. Ex.: servidor que recebe propina de terceiros para conferir-lhe vantagem indevida.

Importante observar que o art. 9º exige que o agente público atue com **dolo**. Dessa forma, caso o agente público esteja sofrendo uma ação de improbidade administrativa com base no art. 9º da LIA ele deve, necessariamente, ter agido com o dolo. Caso tenha agido com culpa, será excluída a sua responsabilidade.

A conduta prevista no art. 9º é uma conduta comissiva, isto é, uma ação.

OBSERVAÇÃO

Enunciado 7 do CJF: Configura ato de improbidade administrativa a conduta do agente público que, em atuação legislativa lato sensu, recebe vantagem econômica indevida.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8.1.1. Hipóteses previstas no art. 9°

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado;
III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;
IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;
VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico envolvendo obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;
VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;
VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;
X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;
XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;
XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.

ATENÇÃO

Das alterações do art. 9º, chama atenção o inciso VII, segundo o qual haverá enriquecimento ilícito o ato de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, **assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução.**

A grande novidade foi a possibilidade de se assegurar a demonstração pelo agente da licitude da origem dos recursos e, consequentemente, da evolução patrimonial.

ATENÇÃO

Atenção aos verbos dos incisos do art. 9º, pois eles se repetem. São verbos que dão a ideia de que o agente público está ganhando algo, uma vez que o ato é de enriquecimento ilícito.

VERBOS: **RECEBER, PERCEBER, UTILIZAR, ADQUIRIR, USAR, INCORPORAR.**

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8.2. Dano ao Erário

De acordo com o art. 10 da LIA, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão **dolosa**, que **enseje efetiva e comprovadamente**, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades que possam sofrer atos de improbidade.

O *caput*, novamente, estabelece a conduta genérica, e os incisos, por sua vez, retratam as condutas específicas, configurando um rol exemplificativo.

O que o artigo 10 pretende proteger é o **patrimônio público.**

O pressuposto exigível, nessa conduta, é o dano ao patrimônio público. Caso a conduta não acarrete a lesão ao patrimônio público, possivelmente acarretará um ato de improbidade por violação dos princípios administrativos, nos termos do art. 11 da LIA. Por sua vez, o pressuposto dispensável é o enriquecimento ilícito. A conduta pode gerar dano ao patrimônio público, sem, contudo, ocasionar o enriquecimento do agente público.

ATENÇÃO

O ato de lesão ao erário somente poderá ocorrer na modalidade DOLOSA, **não sendo mais admissível a modalidade culposa desse ato.**

A conduta aqui estudada é uma conduta comissiva ou omissiva, de acordo com o próprio art. 10, caput da LIA.

Outra alteração do *caput* do mesmo dispositivo que chama atenção é a exigência da efetiva e comprovada perda patrimonial do ente público. Trata-se de alteração para alinhar ao entendimento do STJ[272].

Por sua vez, das alterações dos incisos do art. 10, chama-se atenção para o inciso VIII que, na sua parte final, exige a perda patrimonial efetiva no caso de frustração de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias.

Isso porque, a jurisprudência do STJ[273] estabelecia que, especificamente, na fraude à licitação, haveria um dano *in re ipsa* ao patrimônio público. Dessa forma, a alteração legislativa é uma clara superação do entendimento do STJ.

ATENÇÃO

Exige-se a efetiva e comprovada perda patrimonial do ente público, inclusive nos casos de fraude à licitação.

Além disso, de acordo com o art. 10, § 1º, nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º.

[272] AgInt no REsp 1542025/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018

[273] AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016; REsp 728.341/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por fim, o § 2º do art. 10 afirma que a mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.

8.2.1. Hipóteses previstas no art. 10

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;
II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;
IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;
V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;
VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;
VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá- los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;
IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.
XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
XIX - agir para a configuração de ilícito na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
XXI - Revogado
XXII - conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

dispõem o caput e o § 1 º do art. 8 º -A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

ATENÇÃO

Atenção aos verbos dos incisos do art. 10, pois muitos se repetem. São verbos que NÃO dão a ideia de que o agente público está ganhando algo. Pelas condutas, quem ganha algo é um particular (terceiro) ou há apenas dano ao erário.

VERBOS: **PERMITIR, FACILITAR, CONCORRER, DOAR, AGIR.**

8.3. Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

O art. 10-A foi revogado pela Lei n.º 14.230/2021, de modo que se tornou o inciso XXII, do art. 10.

8.4. Violação a Princípios

De acordo com o art. 11 da LIA, constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Importante se atentar para o fato de que o *caput* também estabelece a conduta genérica e os incisos, por sua vez, retratam as condutas específicas e estabelecem **um rol taxativo**. Trata-se de grande mudança comparada à versão original da Lei n.º 8.429/1992 e em relação aos demais tipos de improbidade.

O art. 11 listou alguns princípios administrativos. Contudo, há apenas um rol exemplificativo de princípios. "O legislador disse menos do que queria".[274] Dessa forma, o que a LIA protege são os princípios constitucionais.

O pressuposto exigível é a violação dos princípios administrativos, exigindo-se lesividade relevante ao bem jurídico aqui tutelado. Por outro lado, é dispensável qualquer elemento de enriquecimento ilícito ou dano ao erário, nos termos do art. 11, § 5º.

O art. 11 exige como elemento subjetivo o **dolo.**

A conduta ensejadora de improbidade, no caso em análise, é tanto a conduta comissiva, quanto a omissiva.

Nos termos do art. 11, § 1º, somente haverá improbidade administrativa, no caso de violação a princípios, quando, na conduta funcional do agente público, for comprovado o fim de obter um proveito ou benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade. Essa disposição também se aplicará a todo e qualquer ato de improbidade, previstos na Lei n.º 8.429/92, bem como em qualquer outra que institua ato de improbidade, conforme dispõe o art. 11, § 2º.

O enquadramento de conduta funcional pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, indicando-se as normas constitucionais, legais ou infralegais violadas, nos termos do art. 11, § 3º.

[274] CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1086.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Os atos de improbidade aqui tratados exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, para serem passíveis de sancionamento, e independem do reconhecimento da produção de danos ao Erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos, nos termos do art. 11, § 4º.

Na análise da hipótese prevista no inciso XI do artigo 11, isto é, de nomeação de parentes, não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.

8.4.1. Hipóteses do art. 11

> **III -** revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo, propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou pondo em risco a segurança da sociedade e do Estado;
> **IV -** negar publicidade aos atos oficiais, exceto em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, ou em outras hipóteses instituídas em lei;
> **V -** frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, chamamento ou procedimento licitatório, visando à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para tanto, visando a ocultar irregularidades;
> VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
> VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
> XI - nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas;
> XII- praticar, no âmbito da Administração Pública e com recursos do erário, ato de publicidade que contrarie o disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, de forma a promover inequívoco enaltecimento do agente público e personalização de atos, programas, obras, serviços ou campanhas dos órgãos públicos.

ATENÇÃO

Atenção às seguintes hipóteses:

1) Art. 10, VIII vs. Art. 11, V

Frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva é ato de improbidade que configura dano ao erário.

Por sua vez, frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, chamamento ou procedimento licitatório, visando à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros é ato de improbidade que viola princípios.

2) Art. 9º, IV vs. Art. 10, XIII

Utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, empregados ou terceiros contratados por essas entidades **é ato de improbidade que configura enriquecimento ilícito.**

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Porém, **permitir que se utilize**, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades **é ato de improbidade que configura dano ao erário.**

8.5. Quadro comparativo entre os tipos de improbidade

TIPO DE IMPROBIDADE	ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (art. 9º)	PREJUÍZO AO ERÁRIO (art. 10)	VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS (art. 11)
Conduta	Ação	Ação ou Omissão	Conduta: Ação ou Omissão
Elemento subjetivo	Dolo	Dolo	Dolo
Pressuposto exigível	Enriquecimento ilícito	Efetivo dano ao erário	Violação a princípios
Pressuposto dispensável	Dano ao erário	Enriquecimento ilícito	Enriquecimento ilícito e dano ao erário
Rol	Exemplificativo	Exemplificativo	Taxativo

9. SANÇÕES

As sanções aplicáveis no caso de improbidade administrativa estão previstas no art. 12, I a III, da LIA.

Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	PREJUÍZO AO ERÁRIO	VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS
Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio	Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância	*
Perda da função pública	Perda da função pública	*
Suspensão dos direitos políticos até 14 anos	Suspensão dos direitos políticos até 12 anos	*

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial	Pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano	Pagamento de multa civil de até 24 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente
Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, pelo prazo não superior a 14 anos	Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, pelo prazo não superior a 12 anos.	Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, pelo prazo não superior a 4 anos

9.1. Comentários Importantes

1. As sanções previstas no art. 12 possuem caráter extrapenal.

2. A **sanção de perda da função atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o Poder Público na época do cometimento da infração**, podendo o magistrado, na hipótese de enriquecimento ilícito, e em caráter excepcional, estender aos demais vínculos, considerando-se as circunstâncias do caso e a gravidade da infração. (Art. 12, § 1º)

Trata-se de uma superação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que tem entendimento, anterior à alteração da Lei n.º 8.429/92, que o agente público perde a função pública que estiver ocupando no momento do trânsito em julgado, ainda que seja diferente daquela que ocupava no momento da prática do ato de improbidade.[275]

Todavia, o STF, em sede Cautelar no julgamento da ADI 7236, suspendeu a eficácia desse dispositivo. De acordo com o STF, a defesa da probidade administrativa impõe a perda da função pública independentemente do cargo ocupado no momento da condenação.

Além disso, o STF considerou que a medida pode eximir determinados agentes da sanção por meio da troca de função ou no caso de demora no julgamento da causa.

3. Ponto relevante também se refere à possibilidade de aplicação da sanção de cassação de aposentadoria. Em outras palavras, o que se quer saber é se a expressão "perda de cargo" abarcaria a sanção de cassação de aposentadoria. Nesse sentido, há posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no ARE nº 1.321.655, segundo o qual é viável a conversão da perda de cargo em cassação de aposentadoria no âmbito da improbidade administrativa.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça[276], em entendimento anterior ao firmado do STF, assentou que o magistrado não tem competência para aplicar a sanção de cassação de aposentadoria a servidor condenado judicialmente por improbidade administrativa. Para o colegiado, apenas a autoridade administrativa possui poderes para decidir sobre a cassação.

[275] STJ. STJ. 2ª Turma. RMS 32.378/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05/05/2015.

[276] STJ. 1ªSeção. EREsp nº 1496347. Rel. Min. Herman Benjamin. 24/02/2021

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

4. A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade (art. 12, § 2º).

5. Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades (art. 12, § 3º).

6. Em caráter excepcional e por motivos relevantes, devidamente justificados, a pena de proibição de contratação com o Poder Público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, devendo- se sempre observar os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica (art. 12, § 4º).

7. Em se tratando de atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela Lei, a sanção se limitará à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano e da perda dos valores obtidos, quando for o caso (art. 12, § 5º).

8. Ocorrendo lesão ao patrimônio público, a reparação do dano deve deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, cível e administrativa tendo por objeto os mesmos fatos (art. 12, § 6º).

9. As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*. (Art. 12, § 7º)

10. A sanção de proibição de contratação com o Poder Público deverá constar no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS de que trata a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, observando-se as limitações territoriais contidas em decisão judicial (art. 12, § 8º).

11. As sanções de improbidade só podem ser executadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do art. 12, § 9º. Trata-se de nítida alteração se comparada à redação anterior da Lei 8.429/92, segundo a qual apenas a perda da função e a suspensão dos direitos políticos se efetivariam com trânsito em julgado da decisão.

ATENÇÃO

Com a Lei n.º 14.230/2021, TODAS as sanções de improbidade só podem ser executadas com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

12. Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 12, § 10)

Todavia, esse dispositivo teve a sua eficácia suspensa no julgamento da Cautela na ADI 7236. Para o STF, os efeitos dessa alteração podem afetar a inelegibilidade prevista na Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar 64/1990). Observou-se que a suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição) não se confunde com a inelegibilidade da Lei de Inelegibilidade (artigo 1º, inciso I, alínea l, da LC 64/1990). Apesar de complementares, são previsões diversas, com diferentes fundamentos e consequências, que, inclusive, admitem a cumulação.

13. O juiz não precisa aplicar todas as penalidades. Ele irá analisar o caso concreto para aplicar as penalidades. Ademais, o *caput* do art. 12 da LIA estabelece que as penas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

14. A LIA aumenta as sanções previstas no art. 37, § 4º da CF/88. Contudo, não há qualquer inconstitucionalidade na previsão legal, do que se conclui que a atual Constituição Federal apenas estabeleceu uma relação mínima.

15. Em relação à gravidade das sanções, certamente, as previstas para os casos de enriquecimento ilícito (art.9º) são mais severas que as previstas para os casos de prejuízo ao erário (art. 10), que consequentemente são mais severas que as previstas para os casos de violação de princípios (art. 11).

16. A autoridade judicial competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos.

O afastamento será de até 90 dias, prorrogáveis uma única vez por igual prazo, mediante decisão motivada. (art.Art. 20, §§ 1º e 2º).

17. O STJ tem mitigado o Princípio da Congruência (juiz atrelado ao pedido), ou seja, o juiz poderá aplicar sanção distinta daquela pedida na ação. Todavia, a Lei 14.230/21 trouxe o art. 17, §10-F, segundo o qual será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial. Assim, há superação do entendimento do STJ.[277]

18. Não é possível a fixação das penas aquém do mínimo legal, de acordo com o STJ.[278]

19. Uma só conduta pode ofender simultaneamente os artigos 9º, 10 e 11 da LIA. Quando isso acontecer, deverá o aplicador da sanção utilizar do princípio da subsunção, de modo que a conduta e a sanção mais graves absorvam as de menor gravidade.[279]

20. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de Declaração de Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria da Receita Federal, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente (art. 13, caput).

21. A declaração de bens será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função (art. 13, § 1º).

22. Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa (art. 13, § 2º).

23. A apuração e a sanção de atos de improbidade administrativa podem ser efetuadas pela via administrativa, não se exigindo a via judicial, em razão da independência das instâncias civil, penal e administrativa.[280]

24. Outro ponto relevante é o referente ao ressarcimento ao erário. De acordo com o STJ, **não configura *bis in idem*** a coexistência de título executivo extrajudicial (acórdão do TCU) e sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa que determinam o ressarcimento ao erário

[277] STJ, REsp nº 324.282, 1ª turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

[278] STJ. REsp 1582014/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016

[279] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.730.

[280] STJ, MS 15.054-DF, STJ – Inf. 474, 23/05/2011.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

e referem-se ao mesmo fato, **desde que seja observada a dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente.**[281]

25. De acordo com o STJ[282], são cabíveis medidas executivas atípicas de cunho não patrimonial no cumprimento de sentença proferida em ação de improbidade administrativa. Exemplo dessas medidas é a apreensão da carteira de habilitação e/ou do passaporte de um devedor.

26. É possível a condenação em danos morais coletivos?

No que se refere a esse ponto há uma divergência na doutrina. O primeiro entendimento é que não seria possível a condenação em danos morais coletivos, em razão da incompatibilidade do dano moral com a ideia da transindividualidade e da indeterminabilidade dos titulares dos direitos. Por ser o dano moral personalíssimo, somente poderia haver condenação para situações que demonstrem a pessoa com características e atributos próprios, o que são inexistentes na coletividade.

Por outro lado, há um segundo entendimento que entende viável a condenação em danos morais coletivos. Para essa doutrina, haveria a aplicação do microssistema de ações coletivas

A indeterminabilidade dos prejudicados não seria impeditiva para a condenação em danos morais coletivos.

Os valores fixados em indenização seriam vertidos em favor da coletividade indeterminada no caso de danos difusos por meio de destinação dos valores ao fundo reparação de bens lesados.

STJ: dificilmente enfrenta a temática, sob o fundamento de que a aferição da sua incidência envolve questão de fato, inábil a ser apreciada em sede de recurso especial, conforme Súmula 07.

Nos raros casos enfrentados, o STJ reconheceu a possibilidade de condenação por danos morais (REsp 960.926/MG)

É indispensável que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ex.: desvio de verba pública para aquisição de vacinas ou para construção de uma creche

ATENÇÃO

Não há que se falar em suspensão dos direitos políticos nos atos de improbidade que violem princípios.

10. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A ORDEM URBANÍSTICA

O art. 52 da Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabeleceu que, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o prefeito incorre em improbidade administrativa nos termos da Lei n.º 8.429/92, em várias situações em que desrespeita obrigações impostas pelo referido Estatuto:

[281] STJ. 1ª Turma. REsp 1.413.674-SE, julgado em 17/5/2016.

[282] STJ. REsp 1.929.230-MT.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **Art. 52.** Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:
> **I** – (VETADO)
> **II –** deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4o do art. 8o desta Lei;
> **III –** utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;
> **IV –** aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;
> **V –** aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;
> **VI –** impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;
> **VII –** deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;
> **VIII –** adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Essa norma tutela a ordem urbanística do Município. Para configuração do ato de improbidade administrativa, não se exige enriquecimento ilícito, nem mesmo dano ao erário; seu elemento subjetivo é o dolo.

11. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

11.1. Procedimento Administrativo

O procedimento administrativo está regulado pelos artigos 14 a 16 da LIA. De acordo com o art. 14, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e a sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas trazidas no art. 14, caput. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público.

Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observando a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.

De acordo com o art. 15, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Nos termos do seu parágrafo único, o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

11.2. Procedimento Judicial

O procedimento judicial está regulado nos artigos 17 a 18-B da LIA.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Nos termos do art. 17, **a ação de improbidade será proposta pelo Ministério Público** e seguirá o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil. Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou este dispositivo inconstitucional, restabelecendo a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e a Fazenda Pública.

Nas ADIs 7042 e 7043, o STF se posicionou no sentido de declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil.

Portanto, explicita-se que o STF, além de declarar a legitimidade ativa da Fazenda Pública para o ajuizamento da ação de improbidade, também permitiu que a Fazenda celebre o acordo de não persecução civil.

Nesse ponto, faz-se importante pontuar o entendimento do STF acerca da autorização de Governador ou de Procurador Geral para que haja ajuizamento da ação de improbidade por parte da Fazenda Pública. De acordo com o STF, a exigência da autorização do Procurador-Geral do Estado para o ajuizamento de ação de improbidade não ofende a Constituição Federal. Por outro lado, a exigência de autorização do Governador do Estado afronta o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição. Quando o interesse público demanda a atuação da Procuradoria, não pode a vontade do Governador impedir essa atuação.[283]

> **§ 4º-A** A ação a que se refere o caput deste artigo deverá ser proposta perante o foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada.
> **§ 5º** A propositura da ação a que se refere o caput deste artigo prevenirá a competência do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.
> **§ 6º** A petição inicial observará o seguinte:
> **I** - o autor deverá individualizar a conduta do réu, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos artigos 9º a 11 da Lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;
> **II** - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos artigos 77 e 80 do CPC.
> (...)
> **§ 6º-B** A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.
> **§ 7º** Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

[283] [ARE 1.165.456, red. do ac. min. Roberto Barroso, j. 1º-9-2020, 1ª T, DJE de 5-11-2020.]

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Assim, designa-se que não há mais a defesa prévia, que estava prevista no antigo art. 17, § 7º, da Lei n.º 8.429/92.

> **§ 9º-A** Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento.
> **§ 10-A**. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.
> **§ 10-B.** Oferecida a contestação e, se for o caso, ouvido o autor, o juiz:
> **I** - procederá ao julgamento conforme o estado do processo, levando em conta a eventual manifesta inexistência do ato de improbidade;
> **II** - poderá desmembrar o litisconsórcio, visando otimizar a instrução processual.
> **§ 10-C.** Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão indicando com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.
> **§ 10-D**. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 10-E**. Proferida a decisão referida no § 10-C deste artigo, as partes serão intimadas a especificar as provas que pretendem produzir.
> **§ 10-F**. Será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que:
> **I -** condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial;
> **II** - condenar o requerido sem a produção das provas por ele tempestivamente especificadas.
> **§ 11**. Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente.
> **§ 14**. Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo.
> **§ 15.** Se a imputação envolver a desconsideração de pessoa jurídica, serão observadas as regras previstas nos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).
> **§ 16.** A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.
> **§ 17**. Da decisão que converter a ação de improbidade em ação civil pública caberá agravo de instrumento.
> **§ 18.** Ao réu será assegurado o direito de ser interrogado sobre os fatos de que trata a ação, e a sua recusa ou o seu silêncio não implicarão confissão.
> **§ 19**. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:
> **I -** a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia;
> **II -** a imposição de ônus da prova ao réu, na forma do art. 373, §§1º e 2º, do CPC.
> **III -** o ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato, competindo ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos distintos.
> **IV**- o reexame obrigatório da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito.
> **§ 20.** A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.

Todavia, esse dispositivo teve a sua declaração de inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF nas ADIs 7042 e 7043. De acordo com o STF, declara-se a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe "obrigatoriedade de defesa judicial"; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia.

> **§ 21.** Das decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento, inclusive da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação.

11.3. Acordo de não persecução civil

Conforme o art. 17-B, o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que advenham, ao menos, os seguintes resultados:

> **I -** o integral ressarcimento do dano;
> **II** - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

É importante relembrar da legitimidade que a Fazenda Pública possui para celebrar o acordo de não persecução civil.

A celebração do acordo dependerá, cumulativamente:

> **§ 1º**
> **I -** da oitiva do ente federativo lesado, seja em momento anterior ou posterior da propositura da ação;
> **II -** de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;
> **III** - de homologação judicial, independente do acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Acerca da homologação judicial, alguns comentários merecem ser tecidos. Qual seria o papel do magistrado ao homologar o acordo celebrado? Duas perspectivas precisam ser analisadas. A primeira de que a juíza apenas faria uma aferição, exclusiva, da regularidade formal da avença. Consistiria apenas numa análise do preenchimento dos requisitos formais. Trata-se de posição minoritária.

A segunda perspectiva, prevalecente na doutrina, consistiria no controle do próprio conteúdo do ajuste.

Não há razão para exigir a participação do juiz se não desejasse um efetivo controle sobre o conteúdo da avença.

A lei exige a oitiva da Pessoa Jurídica envolvida. Assim, a lei não deseja uma atuação vazia, meramente formal do magistrado.

> **§ 2º** Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.
> § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

Todavia, esse dispositivo teve sua eficácia suspensa no julgamento da Cautela na ADI 7236. De acordo com o STF, a medida condiciona o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, em possível interferência na autonomia funcional do MP.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> **§ 4º** O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.
> **§ 5º** As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.
> **§ 6º** O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.
> **§ 7º** Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

Por sua vez, de acordo com art. 17-C, a sentença proferida nos processos de improbidade deverá, além de observar o contido no art. 489 do CPC:

> **I -** indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º a 11 da Lei, que não podem ser presumidos;
> **II -** considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;
> **III** - considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;
> **IV** - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa:
> **a)** Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade;
> **b)** A natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida;
> **c)** A extensão do dano causado;
> **d)** O proveito patrimonial obtido pelo agente;
> **e)** As circunstâncias agravantes ou atenuantes;
> **f)** A atuação do agente em minorar os prejuízos e consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva;
> **g)** Os antecedentes do agente.
> **V** - levar em conta na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;
> **VI** - na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, tomar em vista a sua atuação específica, não sendo admissível a sua responsabilização por ações e omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas;
> **VII** - indicar, na apuração da ofensa a princípios, critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção.
> **§ 1º** A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.
> **§ 2º** Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.
> **§ 3º** Não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta Lei.

Outro dispositivo relevante é o art. 17-D, segundo o qual a ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal, **e não constitui ação civil**, sendo vedado o seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O que o dispositivo legal estabelece é que as questões atreladas ao controle de legalidade de políticas públicas, à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos,

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

coletivos e individuais homogêneos não poderão ser tutelados no âmbito da ação de improbidade administrativa.

> **Parágrafo único.** Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei de Ação Civil Pública.

Portanto, o objetivo da lei é deixar claro que esses bens jurídicos não poderão ser objeto da ação de improbidade administrativa.

De acordo com o art. 18, a sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10, da Lei, condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

> **§ 1º** Se houver necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens.
> **§ 2º** Caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências a que se refere o § 1º deste artigo no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, caberá ao Ministério Público proceder à respectiva liquidação do dano e ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada.
> **§ 3º** Para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados.
> **§ 4º** O juiz poderá autorizar o parcelamento, em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais corrigidas monetariamente, do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato.

Por sua vez, o art. 18-A estabelece que a requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes:

> **I -** no caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentando-a de um terço, ou a soma das penas aplicando-se a solução mais benéfica ao réu;
> **II -** no caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, as sanções serão somadas.

Por fim, nos termos do parágrafo único, as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar ou receber incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.

12. PRESCRIÇÃO

De acordo com o art. 23 da LIA, a ação para a aplicação das sanções dos atos de improbidade administrativa prescreve em 8 anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

> **§ 1º A** instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

> referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.
> **§ 2º** O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
> **§ 3º** Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

A prescrição será interrompida:

> **§ 4º**
> **I** - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;
> **II** - pela publicação da sentença condenatória;
> **III -** pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal confirmando sentença condenatória ou reformando sentença de improcedência;
> **IV** - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça confirmando acórdão condenatório ou reformando acórdão de improcedência;
> **V** - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal confirmando acórdão condenatório ou reformando acórdão de improcedência.
> **§ 5º** Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo
> **§ 6º** A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.
> **§ 7º** Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.
> **§ 8º** O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

O STF reafirmou essa imprescritibilidade estabelecendo a seguinte tese de repercussão geral: "São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa"[284].

Ações de ressarcimento por atos dolosos	Ações de ressarcimento por atos culposos
IMPRESCRITÍVEL	PRESCRITÍVEL

Lembre-se que, atualmente, somente há atos de improbidade administrativa dolosos.

O STJ entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação à particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude.[285] Trata-se de entendimento firmado pela Súmula 634 do STJ.

[284] Recurso Extraordinário (RE) 852475. Julgamento dia 08 de agosto de 2018.

[285] STJ AgRg no REsp 1510589/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 26/05/2015, DJE 10/06/2015

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Por outro lado, entendeu o Superior Tribunal que em caso de concurso de agentes, a prescrição da ação de improbidade é contada individualmente.[286]

ATENÇÃO!

De acordo com o art. 21, a aplicação das sanções previstas na lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e aos casos de dano ao erário;

É em razão do inciso I que o STJ não aplica o Princípio da Insignificância nos casos de improbidade administrativa.

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

De acordo com o art. 21, § 1º, os atos do órgão de controle interno ou externo serão tomados em consideração pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público.

Por sua vez, o § 2º estabelece que as provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.

O § 3º afirma que as sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

O § 4º estabelece que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Todavia, esse dispositivo teve a sua eficácia suspensa no julgamento da Cautela na ADI 7236. De acordo com o STF, a independência de instâncias exige tratamentos sancionatórios diferenciados entre os ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa.

O §5º apregoa que eventuais outras sanções aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta lei.

13. DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS – ART. 16

> **Art. 16**. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

Diante da nova redação legal, a indisponibilidade de bens pode ser decretada diante de qualquer dos atos tipificados como improbidade administrativa, alinhando-se à jurisprudência do STJ.

O pedido de indisponibilidade pode ser formulado independentemente da representação da autoridade junto ao Ministério Público.

[286] STJ. REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

O pedido de indisponibilidade apenas **será concedido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo**, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

Assim, há clara superação do entendimento de que a indisponibilidade de bens seria uma tutela de evidência, passando a se configurar como uma tutela de urgência. Nesse sentido, a lei estabelece que será aplicado à indisponibilidade de bens, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência previsto no CPC.

> **§ 4º** A indisponibilidade de bens poderá ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 5º** Se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 6º** O valor da indisponibilidade considerará a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitida a sua substituição por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 7º** A indisponibilidade de bens de terceiro dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 8º** Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 9º** Da decisão que deferir ou indeferir a medida relativa à indisponibilidade de bens caberá agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 10.** A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 11.** A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 12**. O juiz, ao apreciar o pedido de indisponibilidade de bens do réu a que se refere o caput deste artigo, observará os efeitos práticos da decisão, vedada a adoção de medida capaz de acarretar prejuízo à prestação de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 13.** É vedada a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta-corrente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
> **§ 14.** É vedada a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, conforme descrito no art. 9º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

13.1. Características da cautelar de indisponibilidade de bens

- **Acessoriedade**

Só existe em função de um pedido principal de conhecimento ou de execução do qual é subordinado.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Vale o brocardo “O acessório segue o principal”.

• **Urgência**

É uma espécie de tutela de urgência.

• **Sumariedade da cognição**

O juiz se contenta com o *fumus boni iuris*, não fazendo exame aprofundado para saber se é acorde com o Direito a concessão ou não da cautela.

É preciso ainda o risco de dano ao resultado útil do processo.

• **Provisoriedade ou precariedade**

Tem sua eficácia sujeita à apreciação do pedido formulado na ação principal

• **Revogabilidade e mutabilidade:** possibilidade de substituição por caução.

13.2. Sequestro e Arresto

O Sequestro consiste em instituto jurídico que incide sobre bens determinados, a fim de garantir execução para entrega de coisa, fundada em título extrajudicial ou em sentença executiva.

Tem por objetivo:

• Dar segurança material ao bem litigioso ou potencialmente litigioso, evitando que seja extraviado, danificado, depreciado ou deteriorado, possibilitando que seja entregue ao vencedor da ação principal; e

• Tutelar a integridade física de pessoas, evitando rixas entre os contendores pela posse ou propriedade de bens.

O Arresto, por sua vez, é utilizado para o bloqueio e/ou apreensão judicial de bens indeterminados e penhoráveis do devedor, de qualquer natureza, sejam materiais ou imateriais, a fim de garantir o cumprimento de sentença ou execução por quantia em dinheiro.

Tem por objetivo:

• Afastar o risco de dilapidação dos bens antes que se possa penhorá-los em execução, preservando a responsabilidade patrimonial do devedor na execução por quantia certa.

14. COMENTÁRIOS FINAIS

> **Art. 23-A.** É dever do poder público oferecer contínua capacitação aos agentes públicos e políticos que atuem com prevenção ou repressão de atos de improbidade administrativa.
> **Art. 23-B.** Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas.
> **§ 1º** No caso de procedência da ação, as custas e as demais despesas processuais serão pagas ao final.
> **§ 2º** Haverá condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade se comprovada má-fé.
> **Art. 23-C.** Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

15. JURISPRUDÊNCIA IMPORTANTE

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

DIREITO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZAÇÃO DE TORTURA COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

A tortura de preso custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. O legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber: "Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos". Em reforço, o art. 11, I, da mesma lei, reitera que configura improbidade a violação a quaisquer princípios da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência - por parte de agentes públicos - ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade. Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que "A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida" (REsp 1.297.021-PR, DJe 20/11/2013). É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30-AM, Corte Especial, DJe 28/9/2011). A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo. De qualquer maneira, a detida análise da Lei n. 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo, ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos. Ocorre que o ato que apenas atingir bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atingir bem/interesse privado e público ao mesmo tempo. Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade. Por isso, o primordial é verificar se, dentre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública será vulnerada de forma concomitante. No caso em análise, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policial, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos. Com efeito, o respeito aos direitos fundamentais, para além de mera acepção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1º, III, da CF, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral. De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4º da CF, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Não por outra razão, inúmeros são os tratados e convenções assinados pelo nosso Estado a respeito do tema. Dentre vários, lembra-se a Convenção Americana de Direito Humanos (promulgada pelo Decreto n. 678/1992), que já no seu art. 1º, dispõe explicitamente que os Estados signatários são obrigados a respeitar as liberdades públicas. E, de forma mais eloquente, os arts. 5º e 7º da referida convenção reforçam as suas disposições introdutórias ao prever, respectivamente, o "Direito à integridade pessoal" e o "Direito à liberdade pessoal". A essas previsões, é oportuno ressaltar que o art. 144 da CF é taxativo sobre as atribuições gerais das forças de segurança na missão de proteger os direitos e garantias acima citados. Além do mais, é injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional. Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata. Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa. Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, obrigação ao Estado, que é o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da CF. Na hipótese em análise, o ato ímprobo caracteriza-se quando se constata que a vítima foi torturada em instalação pública, ou melhor, em delegacia de polícia. Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto é assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do CP, que integra o Capítulo I ("Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública"), que por sua vez está inserido no Título XI ("Dos Crimes contra a Administração Pública"), e também nos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Precedente citado: REsp 1.081.743-MG, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015.REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016.

DIREITO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA ELEITORAL E SANÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
A condenação pela Justiça Eleitoral ao pagamento de multa por infringência às disposições contidas na Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições) não impede a imposição de nenhuma das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), inclusive da multa civil, pelo ato de improbidade decorrente da mesma conduta. Por expressa disposição legal (art. 12 da LIA), as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. Desse modo, o fato de o agente ímprobo ter sido condenado pela Justiça Eleitoral ao pagamento de multa por infringência às disposições contidas na Lei das Eleições não impede sua condenação em quaisquer das sanções previstas na LIA, não havendo falar em bis in idem. AgRg no AREsp 606.352-SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 15/12/2015, DJe 10/2/2016.

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
Não comete ato de improbidade administrativa o médico que cobre honorários por procedimento realizado em hospital privado que também seja conveniado à rede pública de saúde, desde que o atendimento não seja custeado pelo próprio sistema público de saúde. Isso porque, nessa situação, o médico não age na qualidade de agente público e, consequentemente, a cobrança não se enquadra como ato de improbidade. Com efeito, para o recebimento de ação por ato de improbidade administrativa, deve-se focar em dois aspectos, quais sejam, se a conduta investigada foi praticada por agente público ou por pessoa a ele equiparada, no exercício do munusmúnus público, e se o ato é realmente um ato de improbidade administrativa. Quanto à qualidade de agente público, o art. 2º da Lei 8.429/1992 o define como sendo “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Vale destacar, na apreciação desse ponto, que é

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

plenamente possível a realização de atendimento particular em hospital privado que seja conveniado ao Sistema Único de Saúde – SUS. Assim, é possível que o serviço médico seja prestado a requerimento de atendimento particular e a contraprestação ao hospital seja custeada pelo próprio paciente – suportado pelo seu plano de saúde ou por recursos próprios. Na hipótese em análise, deve-se observar que não há atendimento pelo próprio SUS e não há como sustentar que o médico tenha prestado os serviços na qualidade de agente público, pois a mencionada qualificação somente restaria configurada se o serviço tivesse sido custeado pelos cofres públicos. Por consequência, se o ato não foi praticado por agente público ou por pessoa a ele equiparada, não há falar em ato de improbidade administrativa. REsp 1.414.669-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/2/2014.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO EM RECURSO ESPECIAL DAS PENAS IMPOSTAS EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
As penalidades aplicadas em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, caso seja patente a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, podem ser revistas em recurso especial. Nessa situação, não se aplica a Súmula 7 do STJ. EREsp 1.215.121-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/8/2014.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. Conforme decidido pela Corte Especial, no julgamento da Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4/3/10, a Lei8.429/92 é aplicável aos agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores.
2. Agravo não provido.
(STJ, AgRg no AREsp 116979/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)

DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
Configura ato de improbidade administrativa a conduta de professor da rede pública de ensino que, aproveitando-se dessa condição, assedie sexualmente seus alunos. Isso porque essa conduta atenta contra os princípios da administração pública, subsumindo-se ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992. REsp 1.255.120-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21/5/2013 (Informativo nº 0523)

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

18 PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. COMENTÁRIOS INICIAIS

A Lei 9.784/99 é aplicada aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

Ademais, traz alguns conceitos importantes:

> **I** - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;
> **II** - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;
> **III** - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

OBS.:

1) O princípio da Verdade Material norteia a atuação do administrador público, quando se fala de processo administrativo. Diante disso, o próprio administrador pode buscar as provas para alcançar à sua conclusão. Portanto, o que se quer no processo administrativo é a busca pela verdade real.

2) O STJ tem entendimento de que, em nome do princípio da segurança jurídica, na ausência de lei local sobre processo administrativo, Estados e Municípios devem aplicar a Lei n. 9.784/99.[287]

3) Outro princípio que se aplica ao processo administrativo é o Princípio da Razoável Duração do Processo, "o qual mantém vínculo estreito com o da eficiência e visa à tramitação, sem delongas injustificadas, do processo administrativo, para que a decisão seja tomada no menor tempo possível".[288]

4) De acordo com a Súmula vinculante nº 5 do STF a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

5) O STF, no julgamento do MS 7415, firmou posição de que a denúncia anônima é apta a deflagrar o processo administrativo disciplinar. Todavia, a instauração do PAD não pode se dar exclusivamente com base em denúncia anônima. A Administração Pública, em seu dever de autotutela, deve realizar procedimentos de investigações internas e preliminares com o objetivo de apurar a veracidade dos fatos que lhe são comunicados.

6) A portaria de instauração de processo administrativo disciplinar dispensa a descrição minuciosa da imputação contra o servidor público, exigida na fase do indiciamento, nos termos da Súmula 641 do STJ.

7) De acordo com a súmula 633 do STJ, a Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

[287] STJ. AgRg no REsp 1092202 DF 2008/0212281-9. 18/04/2013

[288] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 208

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8) No âmbito de recurso ordinário, a decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 pode ser reconhecida a qualquer tempo e *ex-officio*, por se tratar de matéria de ordem pública, sendo indispensável seu prequestionamento nas instâncias especiais.[289]

2. CRITÉRIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Art. 2º, Parágrafo único
I - atuação conforme a lei e o Direito;
II - atendimento a fins de interesse geral, **vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências**, salvo autorização em lei;
III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

3. DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

4. DOS DEVERES DO ADMINISTRADO

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:
I - expor os fatos conforme a verdade;
II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
III - não agir de modo temerário;

[289] STJ. AgInt no AREsp 629004/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

5. DO INÍCIO DO PROCESSO

Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado. Observe que, diferente do Processo Civil, o processo administrativo pode se inicariniciar de ofício pela autoridade administrativa. A isso tem-se o princípio da Oficialidade.
Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:
I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;
II - identificação do interessado ou de quem o represente;
III - domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;
IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;
V - data e assinatura do requerente ou de seu representante.
Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.
Art. 7º Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar **modelos ou formulários padronizados** para assuntos que importem pretensões equivalentes.
Art. 8º Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário.

6. DOS INTERESSADOS

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:
I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.
Art. 10º São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.

7. DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

Art. 18 É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:
I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;
II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.
Art. 19 A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.
Parágrafo único A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.
Art. 20 Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.
Art. 21 O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, SEM efeito suspensivo.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

8. DA FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS DO PROCESSO

Art. 22 Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.
§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.
§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.
Art. 23 Os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo.
Parágrafo único Serão concluídos depois do horário normal os atos já iniciados, cujo adiamento prejudique o curso regular do procedimento ou cause dano ao interessado ou à Administração.
Art. 24 Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior. Parágrafo único O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.
Art. 25 Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do órgão, cientificando-se o interessado se outro for o local de realização.

9. DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS

Art. 26 O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.
(...)
§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.
(...)
§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.
§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.
Art. 27 O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Há a produção dos efeitos da revelia no processo administrativo.

10. DO DEVER DE DECIDIR

Art. 48 A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.
Art. 49 Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

11. DA DECISÃO COORDENADA

Art. 49-A. No âmbito da Administração Pública federal, as decisões administrativas que exijam a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades poderão ser tomadas mediante decisão coordenada, sempre que:
I - for justificável pela relevância da matéria; e
II - houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório.
§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

(...)
§ 4º A decisão coordenada não exclui a responsabilidade originária de cada órgão ou autoridade envolvida.
§ 5º A decisão coordenada obedecerá aos princípios da legalidade, da eficiência e da transparência, com utilização, sempre que necessário, da simplificação do procedimento e da concentração das instâncias decisórias.
§ 6º Não se aplica a decisão coordenada aos processos administrativos:
I - de licitação;
II - relacionados ao poder sancionador; ou
III - em que estejam envolvidas autoridades de Poderes distintos.
Art. 49-B. Poderão habilitar-se a participar da decisão coordenada, na qualidade de ouvintes, os interessados de que trata o art. 9º desta Lei.
Parágrafo único. A participação na reunião, que poderá incluir direito a voz, será deferida por decisão irrecorrível da autoridade responsável pela convocação da decisão coordenada.
Art. 49-E. Cada órgão ou entidade participante é responsável pela elaboração de documento específico sobre o tema atinente à respectiva competência, a fim de subsidiar os trabalhos e integrar o processo da decisão coordenada.
Art. 49-F. Eventual dissenso na solução do objeto da decisão coordenada deverá ser manifestado durante as reuniões, de forma fundamentada, acompanhado das propostas de solução e de alteração necessárias para a resolução da questão.
Parágrafo único. Não poderá ser arguida matéria estranha ao objeto da convocação.
Art. 49-G. A conclusão dos trabalhos da decisão coordenada será consolidada em ata, que conterá as seguintes informações:
I - relato sobre os itens da pauta;
II - síntese dos fundamentos aduzidos;
III - síntese das teses pertinentes ao objeto da convocação;
IV - registro das orientações, das diretrizes, das soluções ou das propostas de atos governamentais relativos ao objeto da convocação;
V - posicionamento dos participantes para subsidiar futura atuação governamental em matéria idêntica ou similar; e
VI - decisão de cada órgão ou entidade relativa à matéria sujeita à sua competência.
§ 1º Até a assinatura da ata, poderá ser complementada a fundamentação da decisão da autoridade ou do agente a respeito de matéria de competência do órgão ou da entidade representada.
(...)
§ 3º A ata será publicada por extrato no Diário Oficial da União, do qual deverão constar, além do registro referido no inciso IV do caput deste artigo, os dados identificadores da decisão coordenada e o órgão e o local em que se encontra a ata em seu inteiro teor, para conhecimento dos interessados.

12. DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

13. DA DESISTÊNCIA E OUTROS CASOS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.
§ 1º Havendo vários interessados, a desistência ou renúncia atinge somente quem a tenha formulado.
§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.
Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

14. DO RECURSO ADMINISTRATIVO E DA REVISÃO

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.
§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.
§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.
§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.
Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.
Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:
I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;
II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;
III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.
Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.
§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.
§ 2º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.
Art. 60. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes.
Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.
Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.
Art. 62. Interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações.
Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:
I - fora do prazo;
II - perante órgão incompetente;
III - por quem não seja legitimado;
IV - após exaurida a esfera administrativa.
§ 1o Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.
§ 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.
Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.
Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.
Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.
Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.
Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.
Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

15. DOS PRAZOS

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.
§ 1º Considera-se prorrogado o prazo 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.
§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.
§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.
Art. 67. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

16. COMENTÁRIOS FINAIS

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.
Art. 69-A. Terão prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado:
I - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;
II - pessoa portadora de deficiência, física ou mental;
IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.
§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade administrativa competente, que determinará as providências a serem cumpridas.
§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

19 LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI N° 12.846/2013



EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

1. RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

2. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SOCIEDADES SIMPLES

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

3. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS DIRIGENTES:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

4. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS – QUESTÃO SOCIETÁRIA:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

É uma redação idêntica à da Lei de Improbidade (na verdade, é ao contrário: a Lei de Improbidade que traz uma redação idêntica à da Lei Anticorrupção).

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

Trata-se de hipótese exclusiva de fusão e incorporação.

5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Sempre aparece em prova essa questão da responsabilidade solidária (a prova afirma que não é solidária).

6. ART. 5°

O art. 5º dispõe sobre os atos lesivos contra a administração pública - **atos de corrupção.**

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

I - Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
II - Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
III - Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
IV - No tocante a licitações e contratos:
a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
V - Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.
§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.
§2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.
§3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

No âmbito do direito administrativo, chama-se a atenção especialmente ao inciso IV do art. 5º.

7. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Esse ponto é um dos mais importantes. Costuma cair mais sobre a responsabilidade, tanto a administrativa quanto a judicial. As sanções podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:
I - Multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

Se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R$ 6.000,00 a R$ 60.000.000,00.

II - Publicação extraordinária da decisão condenatória.

As sanções administrativas levam em conta dois aspectos:

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

• Patrimonial: sanção de multa;

• Reputacional: sanção social, que gerará reprovabilidade social; a sociedade reprovará a conduta da pessoa jurídica, podendo deixar de consumir e de adquirir produtos naquela empresa.

Além disso, as sanções serão precedidas da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. Assim, para **aplicar essas sanções, a procuradoria precisa se manifestar.**

Por fim, a aplicação das sanções **não exclui**, em qualquer hipótese, a obrigação da **reparação integral do dano causado.**

8. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

> **Art. 8º** A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

O mais importante não é que tem que haver contraditório e ampla defesa (isso é óbvio); também não é que tem que agir de ofício ou mediante provocação porque processo administrativo sempre é assim; a relevância diz respeito à autoridade, que é a autoridade máxima do órgão ou da autoridade.

> **§ 1º** A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

Não é preciso saber quem é a autoridade máxima e quem é a autoridade que poderá ser delegada (isso virá em atos normativos de estruturação interna dos órgãos e das entidades). **Não obstante, é necessário saber que se trata da autoridade máxima daquele órgão, que pode ser delegada, vedada a subdelegação.**

> **Art. 10.** O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.
> **§ 1º** O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.
> **§ 2º** A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.
> **§ 3º** A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.
> **§ 4º** O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.
> **Art. 11**. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.
> (...)
> **Art. 14**. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Trata-se de **desconsideração da personalidade jurídica na via administrativa** e não na via judicial – sempre é questionado em prova se existe a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na via administrativa e esse é um exemplo.

9. ACORDO DE LENIÊNCIA

Esse é o ponto mais relevante do presente estudo.

> **Art. 16.** A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
> **I -** A identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
> **II -** A obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Novamente, não é necessário saber quem é a autoridade máxima que poderá celebrar o acordo de leniência (virá descrito em ato normativo interno). Deve-se saber, apenas, para que seja celebrado o acordo de leniência, a pessoa jurídica deverá **colaborar efetivamente** com as investigações, demonstrando a identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Dessa forma, tem-se os seguintes requisitos para o acordo de leniência:

> **I -** a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
> **II -** a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
> **III** - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Os pontos mais importantes do acordo de leniência, contudo, são os seguintes:

> **§2º** A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.
> **§ 3º** O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.
> **§ 5º** Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

A multa será isenta somente nas seguintes possibilidades:

• No caso de publicação extraordinária da decisão condenatória;

• No caso de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos.

> **§ 4º** O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.
> **§ 5º** Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Reforça-se, então, que a proposta só se torna pública, como regra, após a celebração do acordo, salvo se houver razões do interesse público ou devido ao processo, e a proposta rejeitada não implica na ocorrência dos fatos.

> **§ 8º** Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.
> **§ 9º** A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

10. RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

A responsabilidade é objetiva, tanto no aspecto administrativo quanto no aspecto civil, sendo que o aspecto administrativo já foi estudado. Agora, estudar-se-á a responsabilidade civil no âmbito judicial.

Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. Assim, responsabilizada a pessoa na esfera administrativa, não será afastada a responsabilidade na esfera judicial pela independência das instâncias.

Será adotado o rito da LACP – Lei de Ação Civil Pública. É diferente da ação no âmbito de improbidade, que não seguirá a referida lei. Assim, não se pode defender as questões dos atos de improbidade/o objeto do ato de improbidade por meio de LACP, mas as questões da Lei Anticorrupção podem.

Conforme se verifica no art. 19, a legitimidade ativa será da União, do DF, dos Estados e dos Municípios (administração direta por meio das procuradorias), mas também Fazenda Pública e do Ministério Público:

> **Art. 19.** Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:
> **I -** Perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
> **II -** Suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
> **III -** Dissolução compulsória da pessoa jurídica;
> **IV -** Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Essas são as sanções judiciais – o juiz poderá aplicar essas sanções às pessoas jurídicas infratoras.

Sobre a aplicação das sanções, tem-se pelo art. 19, §§3º e 4º:

> **Art. 19**
> **§ 3º** As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.
> **§ 4º** O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

A indisponibilidade de bens, no âmbito da Lei Anticorrupção, vale tanto para o **pagamento da multa** quanto para **reparação integral do dano causado**. No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa a

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

indisponibilidade de bens não poderá ser decretada para pagamento de multa, em superação ao entendimento do STJ.

> **Art. 20.** Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

11. DISPOSIÇÕES FINAIS

> **Art. 24.** A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.
> **Art. 25.** Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Outro ponto importante é que na Lei de Improbidade Administrativa o prazo de prescrição é de oito anos contados da prática do ato. Aqui, são cinco anos contados a partir da ciência da infração pelas autoridades que podem ajuizar a ação relativa à corrupção – no caso de infração permanente ou continuada, a partir do dia que tiver cessado (igual à Lei de Improbidade).

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

ÍNDEX

Acórdãos

Acórdão n.º 2.275/2009, TCU

Acórdão nº 1.013/2008 – TCU 1ª Câmara

Acórdão nº 3463, STF

Acórdão TCU nº 686/2011 – Plenário

Ação Direta de Constitucionalidade

ADC 41/DF

ADCT/88

Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI 2496

ADI 2946, STF

ADI 4295, STF

ADI 4296, STF

ADI 6.241/DF

ADI 6811/PE

ADI 7042

ADI 7043, STF

ADI 7236, STF

ADI 7236, STF

ADIN 6029 STF

Arguição de Descumporimento de Preceito Fundamental

ADPF nº 387

ADPF nº 524

Agravo Regiemental em Recurso Especial

AgRg no AREsp 116979/SP, STJ

AgRg no AREsp 239.749/RS, STJ

AgRg no AREsp 606.352-SP, STJ

AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-

1

Recurso Exrtraordinário com Agravo

ARE 774137

ARE 843989, STF

ARE 866.016, STF

ARE 884325

ARE nº 1.321.655, STJ

ARE 1.382.159 AgR/RJ, STF

Decreto Lei

Decreto-Lei n.º 200/67

Decreto-Lei nº 1.075/70

Decreto-Lei nº 20.910/32

Decreto-Lei nº 200/67

Decreto-Lei nº 25/1937

Decreto-Lei nº 271/67

Decreto-Lei nº 3.365/41

Decreto-lei nº 4.657/42

Decreto-Lei nº 4.956/1903.

Decreto-Lei nº 9.760/46

Emenda Constitucional

Emenda Constitucional n.º 19/98

Emenda Constitucional nº 20/98

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Enunciados

Enunciado 10, da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal

Enunciado 12 do CJF

Enunciado 14 do CJF

Enunciado 15 do CJF

Enunciado 17 do CJF

Enunciado 18, da I Jornada do CJF

Enunciado 19, do CJF

Enunciado 20 do CJF

Enunciado 22 da I Jornada de Direito Administrativo do CJF

Enunciado 25

Enunciado 26 do CJF

Enunciado 3 do CJF

Enunciado 34 do CJF, da I Jornada do CJF

Enunciado 36, da I Jornada do CJF

Enunciado 37 do CJF

Enunciado 39, do CJF

Enunciado 4 do CJF

Enunciado 7 do CJF

Enunciado CJF n.º 49

Enunciado CJF n.º 76

Enunciado CJF nº 80

Embargos de Divergência em Recurso Especial

EREsp 1.117.974-RS, STJ

EREsp 1.157.628-RJ, STJ

EREsp 1.215.121-RS, STJ

EREsp 1.335.962-RS, STJ

EREsp 1.575.846-SC, STJ

Informativos

Informativo 759

Informativo 812

Informativo 821

Lei Complementar

LC n.º 123/03.

LC n.º 123/06

LC n.º 76/93.

LC nº 101/00

LC nº 152/2015.

LC nº 64/1990

Leis

Código Civil de 2002

Código de Processo Civil de 2015

Código Tributário Nacional

Constituição Federal de 1988.

Lei de concessões

Lei de Improbidade Administrativa

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Lei n.º 10.233/01.

Lei n.º 10.257/2001

Lei n.º 10.309/02.

Lei n.º 10.520/02

Lei n.º 11.079/04

Lei n.º 11.101/05

Lei n.º 11.289/99

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Lei n.º 11.952/09.

Lei n.º 12.016/09.

Lei n.º 12.462/11

Lei n.º 12.527/11

Lei n.º 12.587/2012

Lei n.º 12.663/12

Lei n.º 12.846/13

Lei n.º 12.865/2013

Lei n.º 13.019/14

Lei n.º 13.140/15

Lei n.º 13.300/16

Lei n.º 13.303/16

Lei n.º 13.460/17

Lei n.º 13.465/17

Lei n.º 13.655/18

Lei n.º 13.848/19

Lei n.º 13.979/20

Lei n.º 14.125/21

Lei n.º 14.230/21

Lei n.º 14.662/13

Lei n.º 14.768/23

Lei n.º 4.132/62

Lei n.º 4.320/64

Lei n.º 4.657/42

Lei n.º 4.717/65

Lei n.º 6.383/76

Lei n.º 7.144/1983

Lei n.º 8.112/90.

Lei n.º 8.257/91.

Lei n.º 8.429/92

Lei n.º 8.666/93

Lei n.º 8.935/94

Lei n.º 8.987/95.

Lei n.º 8629/93

Lei n.º 9.074/95

Lei n.º 9.307/96.

Lei n.o 9.472/97

Lei n.º 9.507/97.

Lei n.º 9.636/98

Lei n.º 9.637/98

Lei n.º 9.649/98

Lei n.º 9.784/99

Lei n.º 9.986/00

Lei n.º 9962/00

Lei n° 8.666/93.

Lei nº 10.520/02

Lei nº 11.079/04

Lei nº 11.417/06.

Lei nº 12.462/11

Lei nº 13.140/15.

Lei nº 13.300/21

Lei nº 13.709/18

Lei nº 13.848/19

Lei nº 14.230/21

Lei nº 4.132/62.

Lei nº 8.036/90

Lei nº 8.112/90

Lei nº 8.429/92.

Lei nº 8.987/95

Lei nº 9.307/96

Lei nº 9.637/98

Lei nº 9.784/99

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Lei nº 9.784/99

Lei nº 9.986/00

Lei nº13.867/19.

Medidas Provisórias

Medida Provisória n. 1.577

MP 1.167/2023

MP 1.167/23

MP 1577/97

MS 24.631/DF

MS 7415, STF

Recurso Extraordinário

RE 1.058.333,STJ

RE 1041210

RE 1066677

RE 1209429/SP

RE 135.310, STF

RE 136861

RE 160.401, STF

RE 528684/MS, STJ

RE 565089

RE 580252

RE 602584

RE 608482/RN, STF

RE 611874

RE 635336, STF

RE 636553/RS

RE 662405

RE 662405

RE 669069/2016

RE 693456/2016

RE 837311/PI

RE 841526

RE 86.933, STF

RE 898.450/2016, STF

RE 976.566, STF

RE N. 632.853-CE

RE n.º 598099

RE nº 192.568 STF.

RE nº 599.628

Recurso Especial

REsp 1.171.017-PA, STJ

REsp 1.177.910-SE, STJ

REsp 1.255.120-SC, STJ

REsp 1.404.085-CE, STF

REsp 1.414.669-SP, STJ

REsp 1.462.659-RS, STJ

REsp 1.513.218-RJ, STJ

REsp 1.737.900-SP, STJ

REsp 1.769.306/AL, STJ

REsp 1.805.473-DF, STJ

REsp 1.888.049-CE

REsp 1749941/PR

REsp 960.926/MG, STJ

REsp n. 1.708.325/RS

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RMS 21554, STJ

RMS 22508, STJ

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

RMS 33.875-MT, STF

RMS 33.875-MT, STJ

RMS 48.665-SP, STJ

RMS 49.339-SP, STJ

Súmulas

Súmula nº 07, STJ

Súmula nº 119, STJ

Súmula nº 12, STJ

Súmula nº 14, STF

Súmula nº 157, STF

Súmula nº 19, STJ

Súmula nº 2, STJ

Súmula nº 21, STF

Súmula nº 22, STF

Súmula nº 23, STF

Súmula nº 266, STJ

Súmula nº 272, TCU

Súmula nº 283, TCU

Súmula nº 312, STJ

Súmula nº 333, STJ

Súmula nº 340, STF.

Súmula nº 354, STJ

Súmula nº 356, STJ

Súmula nº 365, STF

Súmula nº 377, STJ

Súmula nº 407, STJ

Súmula nº 408, STJ

Súmula nº 416, STF

Súmula nº 473, STF

Súmula nº 477, STF

Súmula nº 496, STJ

Súmula nº 510, STF

Súmula nº 510, STJ

Súmula nº 525, STJ

Súmula nº 545, STF.

Súmula nº 552, STJ

Súmula nº 617, STF.

Súmula nº 618, STF

Súmula nº 619, STJ

Súmula nº 628, STJ

Súmula nº 633, STJ

Súmula nº 634, STJ

Súmula nº 641, STJ.

Súmula nº 679, STF

Súmula nº 682, STF

Súmula nº 684, STJ

Súmula nº 69, STJ.

Súmula nº 70, STJ

Súmula nº 726, STF

Súmula nº 683, STJ

Súmula Vinculante

Súmula Vinculante n.º 12, STF

Súmula Vinculante n.º 13, STF

Súmula Vinculante n.º 15, STF

Súmula Vinculante n.º 16, STF

Súmula Vinculante n.º 19, STF

Súmula Vinculante n.º 2, STF

Súmula Vinculante n.º 21, STF

Súmula Vinculante n.º 3, STF

Súmula Vinculante n.º 37, STF

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

Súmula Vinculante n.º 38, STF

Súmula Vinculante n.º 41, STF

Súmula Vinculante n.º 42, STF

Súmula Vinculante n.º 43, STF

Súmula Vinculante n.º 44, STF

Súmula Vinculante n.º 49, STF

Súmula Vinculante n.º 5, STF

Dispositivos

Estatuto da Cidade

Revolução Francesa de 1789

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado.** 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, A. S. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRODSKY, J. **Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: uma perspectiva prática**. *In*: GARCÍA, R. H. (Coord.). *Dispute boards in*: *Latinoamérica experiências y retos*. Peru: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial. volume 3**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CUNHA, D. **Curso de Direito Administrativo.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 25. ed São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, L. Função regulatória da licitação. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed., rev. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, M. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética. 2003.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, E. B. **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, G. J. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, R. C. R. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**, 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.

PISCITELLI, T. **Direito financeiro esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

RAMOS, A. L. S. C. **Direito Empresarial. 7.** ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS FILHO, C. A. M. **Direito financeiro esquematizado®**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

RIBEIRO, A. P. B.; RODRIGUES, I. C. M. **Os Dispute Boards no direito brasileiro**. *Revista Direito Mackenzie*. v. 9, n. 2, p. 129-159.

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com

EVERTON LIMA DOS SANTOS FONTES - CPF: 015.783.445-06 - elsfontes@outlook.com