2020.1

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Caderno Sistematizado de Direito Administrativo Parte I

DIREITO ADMINISTRATIVO – PARTE I

APRESENTAÇÃO 19
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO 20
1. CONCEITOS INICIAIS 20
2. ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO 21
3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO 21
3.1. DEFINIÇÃO 21
3.2. TEORIA EXEGÉTICA OU LEGALISTA (ESCOLA FRANCESA) 22
3.3. TEORIA DAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS (ESCOLA DO *PUISSANCE PUBLIQUE*) 22
3.4. ESCOLA DO SERVIÇO PÚBLICO 23
3.5. CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO 23
3.6. CRITÉRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS 23
3.7. CRITÉRIO TELEOLÓGICO 24
3.8. CRITÉRIO RESIDUAL (NEGATIVO) 24
3.9. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DA ATIVIDADE JURÍDICA E ATIVIDADE SOCIAL DO ESTADO 24
3.10. CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 25
3.11. PARA RECORDAR 25
Critério das Relações Jurídicas 26
Critério Teleológico 26
Critério da Distinção entre a Atividade Jurídica e Social do Estado 26
Critério da Administração Pública 26
4. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR 27
5. ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO 28
5.1. ESTADO 28
5.1.1. Estado Liberal 28
5.1.2. Estado Social 29
5.1.3. Estado Democrático de Direito ou Pós Social 29
5.1.4. Funções do Estado 29
5.1.5. Função de Governo ou Função Política 30
5.2. GOVERNO 31
5.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 31
5.3.1. Administração em sentido amplo 31
5.3.2. Administração em sentindo estrito 31
6. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS 32
6.1. CONCEITO 32

6.2. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SISTEMA FRANCÊS) 33
6.3. JURISDIÇÃO ÚNICA (SISTEMA INGLÊS) 33
7. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO 34
7.1. RECONHECIMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DESIGUALDADE ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS 34
7.2. RECONHECIMENTO DE UMA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO 34
7.3. RECONHECIMENTO DE PODERES DISCRICIONÁRIOS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO 35
7.4. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS REGRAS DE DIREITO PRIVADO 35
8. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO (DA) 36
8.1. LEI 36
8.2. DOUTRINA 36
8.3. JURISPRUDÊNCIA. 37
8.4. COSTUMES 37
8.5. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO 37
8.6. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO 37
REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO 39
1. REGIMES JURÍDICOS DA ADMINISTRAÇÃO 39
2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO 40
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO 40
3.1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA HELY LOPES MEIRELLES 41
3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO, EXPRESSOS E IMPLÍCITOS PARA CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO 41
3.3. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVO PARA JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO 42
3.4. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PARA MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO 43
PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 44
1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 44
2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO 45
3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 46
3.1. RESERVA DE LEI X PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 47
4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE 47
4.1. CONCEITO 47
4.2. NEPOTISMO 49
4.3. IMPESSOALIDADE X FINALIDADE 50
4.4. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA 51

5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA 52
6. PRINCÍPIO DA MORALIDADE 53
7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 55
7.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL 55
7.2. SITUAÇÕES EM QUE O ADMINISTRADOR NÃO PRECISA PUBLICAR (EXCEÇÕES À PUBLICIDADE) 57
7.3. PUBLICIDADE X PUBLICAÇÃO 58
7.4. DEVER DE PUBLICAR X PROMOÇÃO PESSOAL 58
8. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 58
8.1. CONCEITO 58
8.2. EFICIÊNCIA X DESPESAS COM PESSOAL 59
8.3. LEGALIDADE X EFICIÊNCIA 61
8.4. EFICIÊNCIA X EFICÁCIA X EFETIVIDADE 61
8.5. EFICIÊNCIA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO 62
9. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE 62
10. PRINCÍPIO DO CONTROLE OU TUTELA 63
11. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA 63
12. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA 64
13. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO 65
13.1. CONCEITO 65
13.2. CORTE DE SERVIÇO PÚBLICO 65
13.3. DIREITO DE GREVE AO SERVIDOR PÚBLICO 68
13.4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 69
14. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONABILIDADE 70
14.1. NOÇÕES GERAIS 71
14.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO “DESDOBRAMENTO” DA RAZOABILIDADE 71
15. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO 73
16. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ 74
16.1. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA 74
16.1.1. Efeito Positivo 75
16.1.2. Efeito Negativo 75
16.2. LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA 75
16.2.1. Má-fé 75
16.2.2. Meras expectativas 75
17. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA 75

17.1. EXIGÊNCIAS PARA QUE A AMPLA DEFESA ACONTEÇA 76
17.2. GARANTIA DE INFORMAÇÃO 76
17.3. PRODUÇÃO DE PROVAS 76
17.4. DEFESA TÉCNICA 77
17.5. DIREITO DE RECURSO 77
18. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE/LEGALIDADE/VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 78
19. PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO 79
PODERES DA ADMINISTRAÇÃO 80
1. CONCEITO 80
2. FUNDAMENTO 80
3. CARACTERÍSTICAS 80
3.1. EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO 80
3.2. IRRENUNCIÁVEL 81
3.3. EXERCÍCIO NOS LIMITES DA LEI 81
4. USO E ABUSO DE PODER 81
4.1. EXCESSO DE PODER 82
4.2. DESVIO DE FINALIDADE (“DESVIO DE PODER”) 82
4.3. EFEITOS DO ABUSO DE PODER 84
5. ESPÉCIES DE PODERES 84
5.1. PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO (GRAU DE LIBERDADE) 84
5.1.1. Considerações 84
5.1.2. Poder Vinculado 85
5.1.3. Poder Discricionário 85
5.1.4. JSCF: conceitos indeterminados ≠ discricionariedade 85
5.1.5. Controle Judicial 85
5.2. PODER DISCIPLINAR (PD) 86
5.2.1. Conceito 86
5.2.2. Característica 86
5.2.3. Meios de exercício do Poder Disciplinar em face de SERVIDORES PÚBLICOS 86
5.2.4. Súmulas 343 STJ X SV 5 STF 88
5.2.5. Jurisprudência 88
5.3. PODER HIERÁRQUICO (*“DO HIERARCA” - CABM*) 89
5.3.1. Conceito e características 89
5.3.2. Subordinação # Vinculação 90
5.3.3. Poderes decorrentes da hierarquia 90

5.4. PODER REGULAMENTAR (“NORMATIVO”) 92
5.4.1. Introdução 92
5.4.2. Regulamento 93
5.5. PODER DE POLÍCIA 97
5.5.1. Conceito e características 97
5.5.2. Fundamento do Poder de Polícia 99
5.5.3. Poder de polícia originário e delegado 99
5.5.4. Atributos do poder de polícia (características) 100
ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 102
1. FORMAS DE PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA 102
1.1. CENTRALIZAÇÃO 102
1.2. DESCENTRALIZAÇÃO 102
1.3. DESCONCENTRAÇÃO 102
1.4. DESCONCENTRAÇÃO X DESCENTRALIZAÇÃO 102
2. INSTRUMENTOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 103
2.1. OUTORGA 103
2.2. DELEGAÇÃO 104
2.2.1. Delegação Legal 104
2.2.2. Delegação via contrato administrativo 104
2.2.3. Delegação via ato administrativo 104
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXTROVERSA E INTROVERSA 105
4. TEORIAS QUE EXPLICAM A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SEUS AGENTES 105
4.1. TEORIA DO MANDATO 105
4.2. TEORIA DA REPRESENTAÇÃO 106
4.3. TEORIA DO ÓRGÃO OU DA IMPUTAÇÃO 106
5. ÓRGÃO PÚBLICO 106
5.1. PREVISÃO LEGAL 106
5.2. CONCEITO 107
5.3. ÓRGÃO PÚBLICO PODE CELEBRAR CONTRATO? 107
5.4. COMO PODE O ÓRGÃO PÚBLICO NÃO TER PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS TER O CNPJ? 108
5.5. OP NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PODE IR A JUÍZO? 108
6. CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS 108
6.1. DE ACORDO COM A POSIÇÃO ESTATAL 108
6.1.1. Independentes 109
6.1.2. Autônomos 109

6.1.3. Superiores 109
6.1.4. Subalternos 109
6.2. DE ACORDO COM A ESTRUTURA 109
6.2.1. Simples (não tem ramificação) 109
6.2.2. Compostos (tem ramificação) 110
6.3. DE ACORDO COM A ATUAÇÃO FUNCIONAL 110
6.3.1. Singular 110
6.3.2. Colegiado 110
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 111
1. CONCEITO 111
2. PRERROGATIVAS 111
3. CARATERÍSTICAS GERAIS (servem para todas pessoas da administração indireta) 111
3.1. AS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. 112
3.2. CRIAÇÃO OU EXTINÇÃO DAS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DEPENDE DE LEI. 112
3.3. CADA PESSOA JURÍDICA DA INDIRETA TEM UMA FINALIDADE ESPECÍFICA PREVISTA EM LEI. (PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE) 113
4. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades De Economia Mista, Empresas Públicas. 113
4.1. NÃO TEM FINS LUCRATIVOS 113
4.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA TEM RELAÇÃO DE CONTROLE COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. 113
4.2.1. Poder Legislativo controlando 114
4.2.2. Poder Judiciário controlando 114
4.2.3. Poder Executivo controlando 114
5. FUNDAÇÃO 115
5.1. CONCEITO 115
5.2. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO 115
5.3. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO 115
5.4. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO 115
5.5. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PARTICULAR 115
6. AUTARQUIA 116
6.1. CONCEITO 116
6.2. REGRAS DO REGIME JURÍDICO DA AUTARQUIA 116
6.2.1. Atos da autarquia 117
6.2.2. Contratos da autarquia 117

6.2.3. Responsabilidade civil da autarquia 117
6.2.4. Bens autárquicos 118
6.2.5. Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia 119
6.2.6. Procedimentos financeiros das autarquias 120
6.2.7. Prescrição para autarquia 120
6.2.8. Privilégios tributários das autarquias 120
6.2.9. Privilégios processuais das autarquias 120
6.2.10. Regime de pessoal das autarquias 122
6.3. CONSELHOS DE CLASSE 123
6.4. OAB 124
6.5. AUTARQUIAS TERRITORIAIS 130
6.6. AUTARQUIA DE REGIME ESPECIAL 130
6.6.1. Conceito e histórico 130
6.6.2. Agência reguladora 130
6.6.3. Exemplos de agências reguladoras para regular serviços públicos 132
6.6.4. Exemplos de agências reguladoras para fiscalizar bens públicos 133
6.6.5. Agências executivas 133
7. EMPRESAS ESTATAIS (Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública) 136
7.1. INTRODUÇÃO 136
7.2. EMPRESA PÚBLICA (CARACTERÍSTICAS GERAIS) 136
7.3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA 137
7.4. REGIME APLICÁVEL x ATIVIDADE NA EP e SEM 138
7.5. REQUISITO DA TRANSPARÊNCIA 138
7.6. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E CONSELHO FISCAL 139
7.7. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS: EP E SEM 141
7.7.1. Licitação das EP e SEM 141
7.7.2. Contratos das Empresas Estatais 149
7.7.3. Falência das EP e SEM 155
7.7.4. Responsabilidade civil do estado nas EP e SEM 155
7.7.5. Bens das EP e SEM 156
7.7.6. Regime tributário das EP e SEM 156
7.7.7. Regime de pessoal das EP e SEM 157
7.7.8. Empresa de Correios e Telégrafos (EP) 160
7.7.9. Petrobrás (SEM) 161
7.7.10. Precatórios 163
8. CONVÊNIOS e CONSÓRCIOS PÚBLICOS 164

8.1.1. Noção geral 164
8.1.2. Consórcio Administrativo (extinto) x Convênio x Consórcio Público 165
8.2. CONVÊNIOS 165
8.2.1. Conceito 165
8.2.2. Previsão constitucional 165
8.2.3. Previsão legal 167
8.2.4. Tipos de convênios 167
8.2.5. Características dos convênios 168
8.2.6. Convênios X Contratos administrativos 170
8.2.7. Convênios x Antigos Consórcios Administrativos 170
8.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05) 170
8.3.1. Conceito 170
8.3.2. Consórcios Públicos x Consórcios Administrativos (extintos)/Convênios 171
8.3.3. Protocolo de intenções 171
8.3.4. Natureza jurídica dos consórcios públicos 172
8.3.5. Personalidade jurídica 173
8.3.6. Características dos consórcios públicos 174
8.3.7. Contrato de programa e contrato de rateio 176
8.4. RESUMO: CONVÊNIOS X CONSÓRCIOS 176
9. ENTES DE COOPERAÇÃO 178
9.1. INTRODUÇÃO 178
9.2. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO (SISTEMA “S”) 179
9.3. ENTIDADES DE APOIO 180
9.4. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) 181
9.4.1. Conceito 181
9.4.2. Quem concede a qualificação de OS? 181
9.4.3. Requisitos 182
9.4.4. Área de atuação 182
9.4.5. Contrato de gestão 183
9.4.6. Incentivos 184
9.4.7. ADI 1923/DF 184
9.5. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP) 187
9.5.1. Noções Gerais 187
9.5.2. Dispositivos importantes da Lei 9790/90 (LOSCIP) 187
9.6. QUADRO ESQUEMÁTICO: CONSÓRCIOS PÚBLICOS, ENTIDADE DE APOIO, SISTEMA “S”, OS, OSCIP. 188

ATOS ADMINISTRATIVOS 191
1. FATO JURÍDICO E FATO ADMINISTRATIVO 191
1.1. INTRODUÇÃO 191
1.2. FATO ADMINISTRATIVO # ATO ADMINISTRATIVO 191
1.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS 191
2. ATO ADMINISTRATIVO 193
2.1. CONCEITO 193
3. CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO (REQUISITOS DE VALIDADE) 193
3.1. INTRODUÇÃO 193
3.1.1. Doutrina majoritária e tradicional 193
3.1.2. Classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo 194
3.1.3. Previsão legal 195
4. ESTUDO DOS ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A DOUTRINA MAJORITÁRIA 195
4.1. SUJEITO/COMPETÊNCIA 196
4.1.1. Obrigatória 196
4.1.2. Irrenunciável 196
4.1.3. Imodificável 196
4.1.4. Não é transacionável 197
4.1.5. Imprescritível 197
4.1.6. Improrrogável 197
4.1.7. Excepcionalmente prorrogável 197
4.2. FORMA DO ATO 198
4.2.1. Considerações 198
4.2.2. Silêncio administrativo 199
4.2.3. Processo administrativo 200
4.2.4. Motivação 201
4.2.5. Espécies de vícios de forma 204
4.3. MOTIVO 204
4.3.1. Conceito e requisitos 204
4.3.2. Teoria dos Motivos Determinantes 205
4.3.3. Tredestinação 206
4.4. OBJETO 206
4.5. FINALIDADE 207
4.5.1. Conceito 207

4.5.2. Finalidade X Objeto 207
5. ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS X ELEMENTOS DOS ATOS 207
6. MÉRITO ADMINISTRATIVO 208
6.1. CONCEITO 209
6.2. CONTROLE DO MÉRITO PELO JUDICIÁRIO 209
6.2.1. Como se dá esse controle? 209
6.2.2. O PJ pode rever o MOTIVO e o OBJETO do ato discricionário? 209
6.2.3. A forma do ato administrativo é sempre elemento vinculado? 210
7. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO 210
7.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE 210
7.2. AUTOEXECUTORIEDADE 211
7.3. IMPERATIVIDADE (“PODER EXTROVERSO” – CABM) 212
7.4. TIPICIDADE 212
8. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 212
8.1. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS 213
8.1.1. Atos gerais (normativos) 213
8.1.2. Atos individuais (específicos ou concretos) 213
8.2. QUANTO AO ALCANCE DO ATO (DENTRO OU FORA DA ADMINISTRAÇÃO) 213
8.2.1. Ato interno 213
8.2.2. Ato externo 213
8.3. QUANTO AO GRAU DE LIBERDADE 213
8.3.1. Ato vinculado 213
8.3.2. Ato discricionário 213
8.4. QUANTO À FORMAÇÃO DO ATO 214
8.4.1. Ato simples 214
8.4.2. Ato complexo 214
8.4.3. Ato composto 214
8.5. QUANTO ÀS PRERROGATIVAS: ATO DE IMPÉRIO E DE GESTÃO 214
8.5.1. Ato de Império 214
8.5.2. Ato de gestão 215
8.6. QUANTO AOS EFEITOS 215
8.6.1. Atos constitutivos 215
8.6.2. Atos declaratórios 215
8.6.3. Atos enunciativos 215
8.7. QUANTO À FORMA DE EXTERIORIZAÇÃO 215
8.7.1. Decretos e regulamentos 215

8.7.2. Resoluções, deliberações e regimentos 216
8.7.3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos 216
8.7.4. Alvarás 217
8.7.5. Ofícios 217
8.7.6. Pareceres 217
8.7.7. Certidões, atestados e declarações 218
8.7.8. Despachos 218
8.8. QUANTO AO CONTEÚDO 218
8.8.1. Licença 218
8.8.2. Permissão 218
8.8.3. Autorização 219
8.8.4. Admissão 219
8.8.5. Aprovação, homologação e visto 219
8.8.6. Atos sancionatórios 219
8.8.7. Atos funcionais 219
9. FORMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (PERFEIÇÃO, VALIDADE, EFICÁCIA) 219
9.1. PERFEIÇÃO 219
9.2. VALIDADE 220
9.3. EFICÁCIA 220
10. EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (TÍPICOS, ATÍPICOS, REFLEXOS, PRODRÔMICOS) 220
10.1. EFEITOS TÍPICOS 220
10.2. EFEITOS ATÍPICOS: REFLEXOS E PRODRÔMICOS 221
11. EXTINÇÃO (RETIRADA OU DESFAZIMENTO) DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 222
11.1. EXTINÇÃO NATURAL 222
11.2. EXTINÇÃO OBJETIVA 222
11.3. EXTINÇÃO SUBJETIVA 222
11.4. RENÚNCIA DO TITULAR DO DIREITO 222
11.5. AÇÃO DO PODER PÚBLICO 222
11.5.1. Cassação 222
11.5.2. Caducidade 223
11.5.3. Contraposição 223
11.5.4. Anulação 223
11.5.5. Revogação 226
LICITAÇÃO 228
1. PREVISÃO LEGAL 228

2. CONCEITO 228
3. SUJEITOS À LICITAÇÃO 228
3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL 228
3.2. AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA 229
3.3. OS “FUNDOS ESPECIAIS” 230
3.4. OS “DEMAIS ENTES CONTROLADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELO PODER PÚBLICO” 230
4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA 230
5. OBJETO DA LICITAÇÃO 231
5. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO 231
5.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 232
5.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE 232
5.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE 233
5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE 233
5.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE 235
5.6. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA 235
5.7. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO 235
5.8. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO 236
5.9. PRINCÍPIO DO SIGILO DE PROPOSTA 236
5.10. PRINCÍPIO DO FORMALISMO PROCEDIMENTAL 237
5.11. PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO OBRIGATÓRIA 237
6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO 237
6.1. PREVISÃO LEGAL 237
6.2. CONCORRÊNCIA (REGRA: QUANTO AO VALOR) 238
6.2.1. Conceito 238
6.2.2. Regra 238
6.2.3. Exceções 239
6.2.4. Participantes 240
6.2.5. Prazo de intervalo mínimo 241
6.3. TOMADA DE PREÇOS (REGRA: QUANTO AO VALOR) 241
6.3.1. Conceito 241
6.3.2. Participantes da modalidade tomada de preços 242
6.3.3. Prazo de intervalo mínimo 242
6.4. CONVITE (REGRA: QUANTO AO VALOR) 242
6.4.1. Participantes 243
6.4.2. Intervalo mínimo 243

6.4.3. Comissão de licitação do convite 244
6.5. ESQUEMA DE VALORES (CONVITE x TOMADA x CONCORRÊNCIA) 244
6.5.1. Vedação do Fracionamento de despesas 245
6.6. LEILÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO) 246
6.6.1. Conceito 246
6.6.2. Quem faz o leilão? 247
6.6.3. Procedimento do leilão 247
6.6.4. Prazo de intervalo mínimo 247
6.7. CONCURSO (REGRA: QUANTO AO OBJETO) 247
6.7.1. Conceito 247
6.7.2. Procedimento 248
6.7.3. Comissão 248
6.7.4. Prazo de intervalo mínimo 248
6.8. PREGÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO) 248
6.8.1. Conceito 248
6.8.2. Prazo de intervalo mínimo 249
7. CONTRATAÇÃO DIRETA (DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO) 250
7.1. INTRODUÇÃO 250
7.2. DISPENSA 251
7.2.1. Conceito e espécies 251
7.2.2. Hipóteses de licitação dispensável 252
7.3. INEXIGIBILIDADE 260
7.3.1. Conceito e previsão legal 260
7.3.2. Pressupostos cumulativos de viabilidade da competição 261
8. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO 263
8.1. FASE INTERNA DA LICITAÇÃO 264
8.1.1. Formalização do processo 264
8.1.2. Elaboração do edital (art. 40 da Lei) 265
8.2. FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO 268
8.2.1. Publicação do edital 268
8.2.2. Recebimento dos envelopes 271
8.2.3. Fase de habilitação (ou fase de qualificação) 271
8.2.4. Fase de classificação e julgamento 277
8.2.5. Homologação 278
8.2.6. Adjudicação 279
8.2.7. Revogação, anulação e desistência da licitação 280

8.3. PROCEDIMENTO INVERTIDO DO PREGÃO 282
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 283
1. INTRODUÇÃO 283
2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO 283
3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 283
3.1. PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO 283
3.2. FORMAL 284
3.3. CONSENSUAL 284
3.4. COMUTATIVO 284
3.5. ADESÃO 284
3.6. PERSONALÍSSIMO 284
4. FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 285
4.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICITAÇÃO 285
4.2. ESCRITO EM REGRA 285
4.3. PUBLICAÇÃO 286
4.4. INSTRUMENTO DO CONTRATO 286
5. CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 287
5.1. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS (ART. 55) 287
5.1.1. Análise do art. 55 287
5.1.2. Quanto à cláusula necessária de garantia (art. 55, VI) 288
5.1.3. Quanto à cláusula necessária de prazo do contrato (art. 55, IV) 289
5.2. CLÁUSULAS EXORBITANTES (ART. 58) 291
5.2.1. Previsão legal e conceito 291
5.2.2. Art. 58, inciso I: Alteração unilateral do contrato (art. 65) – OBS: estudaremos aqui a alteração bilateral também por conveniência). 292
5.2.3. Art. 58, inciso II: Rescisão unilateral do contrato (hipóteses no art. 78 I a XII e XVII) 296
5.2.4. Art. 58, inc. III: Fiscalização do contrato pela Administração (art. 67) 298
5.2.5. Art. 58, inc. IV: Aplicação de sanções pela Administração (art. 87) 298
5.2.6. Art. 58, inc. V: Ocupação provisória dos bens pela Administração 299
5.3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS 300
6. EXTINÇÃO CONTRATUAL 300
6.1. CONCLUSÃO DO OBJETO 301
6.2. ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL 301
6.3. “RESCISÃO” 301
6.3.1. Rescisão administrativa (unilateral) 301

6.3.2. Rescisão judicial 302
6.3.3. Rescisão amigável ou consensual 302
6.3.4. Rescisão de pleno direito 302
6.3.5. Rescisão por arbitragem....302
6.4. ANULAÇÃO....302
SERVIÇOS PÚBLICOS 303
1. CONCEITO....303
2. PRINCÍPIOS QUE REGEM O SERVIÇO PÚBLICO (OU REQUISITOS)....303
3. CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS 304
3.1. QUANTO À DELEGABILIDADE (PARA HELY – "ESSENCIALIDADE"): SERVIÇOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS....304
3.1.1. Serviço próprio (serviço propriamente estatal) 304
3.1.2. Serviço impróprio (serviço de utilidade pública):....304
3.2. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS DO SERVIÇO: SERVIÇOS GERAIS E INDIVIDUAIS. 305
3.2.1. Serviços gerais (ou coletivos)....305
3.2.2. Serviços individuais (ou específicos/divisíveis/singulares)....305
4. DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO....306
4.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS....306
4.2. DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL....306
5. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 307
5.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS....307
5.2. CONCESSÃO COMUM (LEI 8987/95) 308
5.2.1. Regras gerais....308
5.2.2. Precedência de licitação....309
5.2.3. Exigência de lei autorizadora....310
5.2.4. Serviços que não dependem de concessão (serviços de transporte)....311
5.2.5. Intervenção na concessão....311
5.2.6. Remuneração da concessão....311
5.2.7. Responsabilidade civil na concessão....312
5.2.8. Extinção da concessão (leia-se: extinção do contrato administrativo de concessão de serviço) 313
5.2.9. Subconcessão e troca do controle acionário da concessionária....316
5.2.10. Reversão....316
6. PARCERIAS VOLUNTÁRIAS (LEI 13.019/2014 com alteração da Lei 13.204/2015). 317
6.1. NOÇÕES GERAIS 317

6.2. CHAMAMENTO PÚBLICO 319
6.2.1. Introdução 319
6.2.2. Requisitos do edital do chamamento público 320
6.2.3. Julgamento das propostas 320
6.2.4. Análise dos documentos da organização 321
6.2.5. Situações em que não será obrigatório o chamamento público 321
6.2.6. Inexigibilidade do chamamento público 322
6.2.7. Formalidades no caso de dispensa ou inexigibilidade do chamamento 322
6.2.8. Procedimento de manifestação de interesse social 323
6.3. TERMO DE COLABORAÇÃO E TERMO DE FOMENTO 324
6.3.1. Introdução 324
6.3.2. Definição de termos de colaboração e fomento 324
6.3.3. Diferença entre termo de colaboração e termo de fomento 324
6.3.4. Providências que a administração pública deve adotar para a celebração do termo: 325
6.3.5. Transparência e controle 326
6.3.6. Impedimentos 326
6.3.7. Vedações 327
6.3.8. Cláusulas do termo de colaboração ou do termo de fomento 327
6.4. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DA PARCERIA 328
6.4.1. Introdução 328
6.4.2. Comissão de monitoramento e avaliação 329
6.4.3. Gestor 329
6.4.4. Providências de autoexecutoriedade em caso de má execução da parceria 329
6.5. PRESTAÇÃO DE CONTAS 330
6.6. RESPONSABILIDADE E SANÇÕES 330
6.6.1. Introdução 330
6.6.2. Sanções administrativas à entidade 330
6.6.3. Improbidade administrativa 331
6.7. DISPOSIÇÕES FINAIS 332
6.7.1. Alterações na Lei das OSCIP's (Lei n 9.790/99) 332
AGENTES PÚBLICOS (ASPECTOS CONSTITUCIONAIS) 333
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 333
2. CONCEITO 336
3. CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS 336
3.1. AGENTE POLÍTICO 336

3.2. SERVIDORES ESTATAIS 337
3.2.1. Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PÚBLICO 337
3.2.2. Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PRIVADO 338
3.3. PARTICULARES EM COLABORAÇÃO 343
4. CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA 343
4.1. CARGO EM COMISSÃO X FUNÇÃO DE CONFIANÇA 343
5. CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS 344
6. PROVIMENTO 345
6.1. INTRODUÇÃO 345
6.2. FORMAS DE PROVIMENTO 345
6.2.1. Nomeação 346
6.2.2. Promoção 346
6.2.3. Ascensão (não é mais admitida). 346
6.2.4. Transferência (não é mais admitida). 346
6.2.5. Readaptação 347
6.2.6. Recondução 347
6.2.7. Reingresso 347
6.2.8. Readmissão 347
6.2.9. Remoção e Redistribuição 347
7. ACESSIBILIDADE 347
7.1. QUEM E COMO SE PODE TER ACESSO A CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL? 347
7.2. PARÂMETROS RELATIVOS AOS REQUISITOS POSSÍVEIS EM CONCURSO PÚBLICO 350
7.2.1. Critérios de admissão 350
7.2.2. Prazo de validade do concurso 353
7.2.3. Candidato aprovado X direito à nomeação 354
7.2.4. Súmulas importantes sobre o tema 356
8. ESTABILIDADE DOS SERVIDORES 357
8.1. INTRODUÇÃO 357
8.2. REQUISITOS PARA ESTABILIDADE 357
8.2.1. Nomeação para cargo efetivo 357
8.2.2. Três anos de exercício do cargo 358
8.2.3. Avaliação especial de desempenho 358
8.3. PERDA DA ESTABILIDADE 359
9. ESTÁGIO PROBATÓRIO 359

10. VITALICIEDADE 360
11. SISTEMA REMUNERATÓRIO 360
11.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 360
11.2. TETO REMUNERATÓRIO 361
11.3. RECEBIMENTO DE VENCIMENTOS DE BOA-FÉ E A REPETIBILIDADE 365
12. ACUMULAÇÃO DE CARGOS 366
12.1. PREVISÃO 366
12.2. SITUAÇÕES EM QUE A ACUMULAÇÃO É POSSÍVEL 367
12.2.1. Atividade + atividade 367
12.2.2. Inatividade + inatividade 368
12.2.3. Inatividade + atividade 368
12.2.4. Inatividade + cargo eletivo 369
12.2.5. Inatividade + cargo em comissão 369
12.2.6. Atividade + cargo eletivo 370
12.2.7. EC 77/2014 370
12.3. EC 101/2019 371
12.4. INDENIZAÇÃO 371

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil na sua preparação, em todas as fases. Quanto mais contato temos com uma mesma fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que ajuda na memorização e na compreensão da matéria.

O Caderno de Administrativo está dividido em duas partes. Possui como base as aulas da Prof. Fernanda Marinella (LFG) somada às aulas do Prof. Barney Bichara (G7), complementado com as aulas do Professor Rafael Oliveira (Curso FORUM). Além disso, utilizamos doutrina (Maria Silvia Di Pietro - 2018, Matheus Carvalho - 2019).

Na parte jurisprudencial, utilizamos os informativos do site Dizer o Direito (www.dizerodireito.com.br), os livros: Principais Julgados STF e STJ Comentados, Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito, Súmulas do STF e STJ anotadas por assunto (Dizer o Direito). Destacamos é importante você se manter atualizado com os informativos, reserve um dia da semana para ler no site do Dizer o Direito.

No Caderno constam os principais artigos de lei, mas, ressaltamos, que é necessária leitura conjunta do seu Vade Mecum, muitas questões são retiradas da legislação.

Como você pode perceber, reunimos em um único material diversas fontes (aulas + doutrina + informativos + súmulas + lei seca + questões) tudo para otimizar o seu tempo e garantir que você faça uma boa prova.

Por fim, como forma de complementar o seu estudo, não esqueça de fazer questões. É muito importante!! As bancas costumam repetir certos temas.

Vamos juntos!! Bons estudos!!

Equipe Cadernos Sistematizados.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. CONCEITOS INICIAIS

Antes de começarmos o estudo acerca do Direito Administrativo e de seus institutos, pertinente destacarmos alguns conceitos iniciais. Vejamos:

- **Direito** – consiste em um conjunto de normas impostas coativamente por um Estado politicamente organizado, com a função de disciplinar a coexistência pacífica entre os seres que convivem em sociedade.
- **Direito interno** – estabelece os princípios jurídicos vigentes em cada Estado, respeitado os limites de sua soberania.
- **Direito internacional** – regras superiores aceitas reciprocamente pelos Estados, visando harmonia entre as Nações, bem como os indivíduos que as compõem nas suas relações externas.

Salienta-se que o Direito (hoje, apenas para fins didáticos) é dividido ainda em Direito Privado e Direito Público.



- **Ordem Pública** – são regras imperativas e inafastáveis pela vontade das partes, ou seja, mesmo que as partes queiram tais regras não poderão deixar de ser aplicadas.

É importante que fique claro: Ordem Pública não é sinônimo de Direito Público, o leque de normas de ordem pública é mais amplo do que o Direito Público. Há, inclusive, normas de ordem pública que são aplicadas ao Direito Privado, a exemplo dos impedimentos para o casamento.

Obs.: TODO o direito público é de ordem pública, mas nem todas ordem pública é de direito público, uma vez que também pode ser de direito privado.

2. ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo como ramo autônomo ganhou seus primeiros contornos com a Revolução Francesa, de 1789 e o surgimento do Estado de Direito.

Até então, vigorava o Estado Absolutista, com a confusão entre a figura do rei e do Estado ("O Estado sou EU), que se autoproclamava um representante de Deus na terra. Consequentemente, entendia-se que o rei/Estado não cometia erros, assim não havia responsabilidade pelos seus atos.

Após a Revolução Francesa, o Estado passa a ser limitado pelo direito, basicamente em três aspectos:

- Princípio da legalidade – o Estado só poderia agir quando expressamente autorizado pela lei (até hoje prevalece);
- Princípio da separação de poderes – há a descentralização do poder, que passa a ser exercido por três órgãos (Legislativo, Judiciário e Executivo). Incidindo o sistema de freios e contrapesos;
- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – reconhecimento de direitos fundamentais que deveriam ser promovidos e protegidos pelo Estado.

  Eventual violação a tais direitos poderia gerar a responsabilidade do Estado.

O julgamento do caso Arrêt Blanco, em 1873, é apontado pela doutrina brasileira como o marco inicial do Direito Administrativo, pois foi a primeira vez que o Tribunal Francês afirmou que se tratava de um ramo autônomo do direito.

Considera-se a Lei 28 *pluviose* do ano de VIII de 1800 como a "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, tendo em vista que previa normas de organização administrativa e de solução de conflitos contra a Administração Pública.

3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1. DEFINIÇÃO

Segundo Rafael Oliveira, trata-se do ramo do Direito Público que tem por objeto as regras e os princípios aplicáveis à atividade administrativa (prestada pelo próprio Estado ou por particulares quando prestam serviço público) preordenada à satisfação dos direitos fundamentais.

Já Fernanda Marinella entende que é o ramo do Direito Público Interno que tem como objeto a busca pela coletividade e pelo interesse público.

Perceba que os dois conceitos mencionados acima possuem objetos diversos, pois não há na doutrina consenso sobre a definição do objeto do Direito Administrativo. Diante disso, ao longo do tempo, inúmeros critérios foram utilizados para conceituar o Direito Administrativo.

A seguir iremos analisar as nove teorias mais cobradas em concursos públicos que tentam definir o objeto do Direito Administrativo, são elas:

- Teoria Exegética ou Legalista (Escola Francesa);
- Teoria das Prerrogativas Públicas;
- Escola do Serviço Público;
- Critério do Poder Executivo;
- Critério das Relações Jurídicas;
- Critério Residual ou Negativo;
- Critério Teleológico;
- Critério da Distinção da Atividade Jurídica e Atividade Social do Estado;
- Critério da Administração Pública (Adotado pelo Brasil).

3.2. TEORIA EXEGÉTICA OU LEGALISTA (ESCOLA FRANCESA)

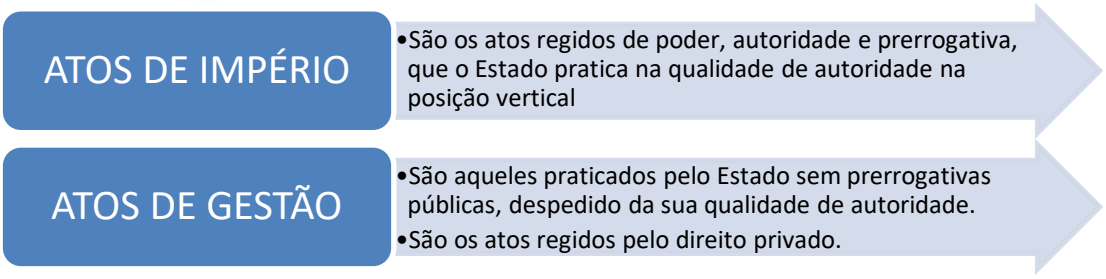
Em um primeiro momento, os doutrinadores limitavam-se a compilar as leis existentes e a interpretá-las com base na jurisprudência dos tribunais administrativos. Entendiam o Direito Administrativo como sinônimo de direito positivo (Cretella Júnior). Limitava-se ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo que, no contexto imperial, era representado pela Constituição.

Crítica: O Direito Administrativo não se esgota na lei, é muito mais amplo. Há, por exemplo, a incidência de inúmeros princípios.

3.3. TEORIA DAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS (ESCOLA DO *PUISSANCE PUBLIQUE*)

A Administração Pública poderia atuar tanto segundo o regime jurídico de direito público quanto segundo o regime de direito privado. No primeiro caso, a administração seria autoridade e o Direito Administrativo seria o conjunto de princípios e regras que disciplina a atuação do Estado na qualidade de Poder Público, ou seja, o Estado irá atuar segundo o regime jurídico de direito público. Em relação ao regime de direito privado, não caberia ao Direito Administrativo.

Aqui, surge a clássica distinção de Atos de Império e Atos de Gestão.



Crítica: não foi satisfatória, pois retirava do objeto do Direito Administrativo atos praticados pela administração pública, mesmo que sob o regime de direito privado (atos de gestão).

3.4. ESCOLA DO SERVIÇO PÚBLICO

Esta escola ganhou grande relevo, pelo fato de que na época o "Estado-providência" assumiu inúmeros encargos que, antes atribuídos ao particular, passaram a integrar o conceito de serviço público. O direito estudava **SERVIÇO PÚBLICO**, e o serviço público **representava TODA atividade do estado**, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita essa atividade.

Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento do serviço público. Entendido em sentido amplo, seria toda atividade estatal voltada ao fim público.

Crítica: não foi acolhida pela doutrina brasileira. A expressão serviço público não serve para definir o objeto do Direito Administrativo, isto porque pelo significado de alguns ultrapassa seu objeto e pelo de outros, exclui matérias a ele pertinentes. O conceito não faz nenhuma distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público, que é a atividade material.

3.5. CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO

O direito administrativo é o conjunto de princípio e regras que disciplina a organização e o funcionamento do Poder Executivo.

Preocupa-se tão somente com o Poder Executivo.

Crítica: não foi acolhido no Brasil. Judiciário, legislativo, também podem estar na atividade de administrar. Fora o fato de que o poder executivo exerce além de sua função específica, as funções de governo, que não faz parte do objeto de estudo do Direito Administrativo.

Os próximos critérios foram aceitos, mas considerados INSUFICIENTES.

3.6. CRITÉRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

O direito administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina **todas** relações jurídicas do estado (Administração – administrados).

OBS*:* Há relações que não dizem respeito ao direito administrativo, como as relações privadas estabelecidas pelo estado/privado (exemplo: empresas, comércio). Não se pode excluir as relações privadas em detrimento das relações públicas.

Crítica: Preocupa-se com algumas relações jurídicas do estado, mas não com todas. Sendo ainda insuficiente, porque reduzindo o objeto do Direito Administrativo às relações entre administração e administrados, exclui a organização interna da Administração Pública, a atividade que ela exerce e os bens que se utiliza.

3.7. CRITÉRIO TELEOLÓGICO

Direito Administrativo nada mais é do que um conjunto harmônico de princípios e regras que regulam a atividade material e concreta do Estado para o cumprimento de seus fins.

É o critério adotado por Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, pai do administrativista Celso de Mello.

Crítica: é um critério insuficiente, precisa de complemento.

3.8. CRITÉRIO RESIDUAL (NEGATIVO)

O Direito Administrativo é definido por exclusão, não se preocupa com a atividade legislativa, nem com a atividade jurisdicional, então o "resto" seria Direito Administrativo. De acordo com esta corrente, o Direito Administrativo tem por objeto as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas a legislação e a jurisdição ou somente esta.

Em sentido POSITIVO, o Direito Administrativo compreende todos os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a efetivação dos seus fins; todavia, no sentido NEGATIVO, o Direito Administrativo seria definido excluindo-se das atividades do Estado a legislação e a jurisdição e ainda as patrimoniais, regidas pelo direito privado.

Assim, Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade estatal excluindo as de natureza legislativa e jurisdicional.

Crítica: não está errado, a exclusão acontece, mas está incompleto ainda, pois não diferenciava atividade administrativas de outras atividades, tais como a política.

3.9. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DA ATIVIDADE JURÍDICA E ATIVIDADE SOCIAL DO ESTADO

Direito Administrativo é o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade administrativa, bem como os sujeitos incumbidos de prestá-la.

Não se estuda atividade social do estado. Estuda-se a atividade jurídica. Exemplo: a escolha da política pública não é atividade do direito administrativo é da relação social,

econômica. O que interessa ao Direito Administrativo é a atividade JURÍDICA na implementação da política, o Direito Administrativo viabiliza a implementação da política.

Cretella Júnior: "DA é o ramo do direito público interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral".

3.10. CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hely Lopes Meireles. Direito Administrativo é um conjunto harmônico de princípios e regras, que vai disciplinar os **órgãos, os agentes, a atividade administrativa** (independentemente de quem a exerça: PE, PJ ou PL), realizando de forma DIRETA, CONCRETA e IMEDIATA, os fins desejados pelo Estado (quem define os fins do estado é o Direito Constitucional, aqui será materializado o que foi preconizado pelo Direito Constitucional).

DiPietro: o Direito Administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

O conceito de Hely, na verdade foi uma compilação dos conceitos aceitos no Brasil, mas que eram insuficientes. Veja:

Funções do estado:

"Direta": não precisa de provocação. Por exemplo: desapropriação. Diferente de indireta, que precisa de provocação, por exemplo, a jurisdição: separação judicial (critério negativo).

"Concreta": produz efeitos concretos, materializa. Exemplo: nomeação para um cargo. Não se preocupa com a função abstrata do estado, como por exemplo, a função legislativa (critério negativo).

"Imediata": refere-se à função jurídica do estado, diferente da mediata, que traz a função social do estado (critério da distinção da atividade jurídica e da atividade social).

O *Regime Jurídico Administrativo* é formado pelo conjunto harmônico de princípios e regras.

Salienta-se que Celso Antônio Bandeira de Mello faz ressalvas ao conceito aqui adotado. Segundo esse doutrinador, o Direito Administrativo não pode ser um conjunto de normas e princípios que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem, porque consideraria a integralidade de tudo o que estivesse compreendido na função administrativa, o que não ocorre, tendo em vista que uma parcela dessas atividades é tratada por outros ramos, como o Direito Tributário, o Financeiro, o Previdenciário e outros. O autor pede cuidado com a integralidade e alerta para a existência de função administrativa fora do Direito Administrativo.

3.11. PARA RECORDAR

Com o intuito de facilitar a assimilação do tema, observe a tabela com um resumo sucinto das escolas.

CRITÉRIO	DEFINIÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	OBSERVAÇÃO
Escola das Prerrogativas Públicas	É o conjunto de princípios e regras que disciplinam as normas políticas reconhecedoras das políticas públicas.	Abrange a denominada Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão e prevê a limitação da responsabilidade estatal.
Escola do Serviço Público	É o conjunto de princípios e regras que disciplinam a organização e o funcionamento do Serviço Público.	A atuação estatal voltada para a realização do bem comum não se resume às prestações de serviços públicos, mas diz respeito também a outras atividades voltadas para o bem comum.
Critério do Poder Executivo	É um ramo do Direito, isto é, um conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento do Poder Executivo.	O Direito Administrativo não se resume ao Poder Executivo.
Critério das Relações Jurídicas	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização jurídica existente entre a administração e o administrado.	Todos os ramos do Direito Público disciplinam a mesma relação (entre Estado e cidadão).
Critério Teleológico	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a atividade material e concreta desempenhada pelo Estado para realização dos seus fins (atividade administrativa).	Adotada por Osvaldo Aranha Bandeira de Melo
Critério Residual ou Negativo	É o ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento da atividade estatal, que não tivesse natureza legislativa ou jurisdicional.	Direito Administrativo ampara objeto extremamente amplo.
Critério da Distinção entre a Atividade Jurídica e Social do Estado	É o conjunto de princípios e regras que disciplina a organização e o funcionamento da atividade administrativa e dos sujeitos encarregados de prestar essa atividade.	Adotada por José Cretella Júnior.
Critério da Administração Pública	É o ramo do Direito que tem como objeto a administração pública. Isto é, o conjunto de	Adotada pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88), ao reservar um

	regras e princípios que disciplinam a organização e funcionamento da administração pública.	capítulo apenas para a Administração, separadamente dos Poderes.

4. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

A competência para legislar sobre Direito Administrativo é de todos os entes da federação, trata-se de uma competência comum.

Administração será a União, o Estado, o DF e o Município cada qual dentro de sua competência constitucional. Por exemplo, quando se fala em gás canalizado, a Administração é o Estado; quando se fala em coleta de lixo, a Administração Pública é o Município.

A doutrina escolheu como parâmetro a lei federal. Assim, ao estudar a organização da Administração Pública, analisa-se uma lei federal, mas cada Estado e Município possuem suas próprias leis que tratam sobre os mais variados assuntos de Direito Administrativo.

Há casos em que a CF afirma que compete à União legislar, estabelecendo a extensão da sua competência legislativa, como exemplo o art. 22, II e XXV da CF. Perceba, portanto, que apenas a União irá legislar sobre desapropriação, mas isso não impede que os Estados/DF e Municípios desapropriem.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *II - Desapropriação;*
> *(...)*
> *XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano*

Em outros casos, a CF determina a competência da União para legislar sobre regras gerais, como ocorre no art. 22, XXVII, *in verbis:*

> *XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

Como se percebe, houve uma limitação da extensão da competência da União quando o assunto for licitação e contratação, já que irá tratar das normas gerais, os Estados/DF e Municípios poderão legislar especificamente sobre estes assuntos.

Por fim, destaca-se que a competência legislativa, em matéria de Direito Administrativo, decorre do sistema federalista positivado na CF/88, cada ente é autônomo, possuindo competência para se auto organizar.

> *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *I - A soberania;*
> *II - A cidadania*
> *III - a dignidade da pessoa humana;*
> *IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*
> *V - O pluralismo político.*
> *Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

A autonomia se desdobra em três regras:

a) Capacidade para auto constituição;

b) Capacidade para se autogovernar;

c) Capacidade para auto-organização.

5. ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO

5.1. ESTADO

O Estado é uma pessoa jurídica de direito público com direitos e obrigações. Justamente por isso, a responsabilidade é sempre **do Estado** e não da Administração, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição.

> *Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão** pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Obs.: Antigamente, vigorava no Brasil a Teoria da Dupla Imputação, em que a Pessoa Jurídica do Estado, a depender das atividades desempenhadas, poderia ser de direito público (no desempenho das atividades públicas) e de direito privado (nas atividades regidas pelo direito privado). Atualmente, não se fala mais em dupla imputação, as atividades do Estado são regidas pelo direito público.

A seguir iremos analisar as espécies de Estado: liberal, social, democrático de direito ou pós social.

5.1.1. Estado Liberal

Caracteriza-se pela ausência de intervenção estatal na ordem econômica e social. O Estado existe para garantir, basicamente, os direitos de primeira geração (propriedade, segurança).

O “papel restrito” do Estado, no Estado Liberal, é decorrente do contexto histórico que se vivia. Lembre-se que com a Revolução Francesa saímos do absolutismo. Obviamente, era impossível que o Estado fosse totalmente excluído (viveríamos em um estado de natureza – “O Homem é o Lobo do Homem”), por isso seu papel ficou restrito aos direitos de primeira geração.

O Estado Liberal tem forte influência nos EUA.

Marcado pelo Poder de Polícia.

5.1.2. Estado Social

O Estado Liberal acabou gerando inúmeras desigualdades, entrando em uma verdadeira crise (nos EUA foi a de 1929), já que não conseguiu satisfazer todos os anseios da sociedade.

Na Europa, após as Guerras Mundiais, o Estado estava quebrado, era preciso um novo modelo de Estado. Optou-se, então, por um Estado Social marcado pelo intervencionismo na economia e no campo social, com a finalidade de reduzir desigualdades e de garantir direitos básicos à população (educação, saúde e outros direitos de segunda geração).

Note que o Estado Social é um prestador de serviços, sua atuação é positiva para garantir os direitos fundamentais. Há um aumento na máquina administrativa (contração de pessoas, criação de órgãos, hospitais, escolas), consequentemente, os custos do Estado acabam ficando elevados.

Marcado pela prestação de serviços públicos.

5.1.3. Estado Democrático de Direito ou Pós Social

Novamente, o Estado entra em crise, tendo em vista que acaba gastando mais do que arrecadava e, ainda, não possuía eficiência na prestação dos serviços.

No Brasil, na década de 90, com as EC 6 e 7 (abriram a economia para o capital estrangeiro) e as EC 5, 8 e 9 (atenuaram alguns monopólios estatais), bem como os programas nacionais de desestatização que visavam diminuir a interferência do Estado, há o início da transformação de uma Administração Pública burocrática para uma Administração Pública gerencial ou de resultados, voltada para efetividade dos direitos fundamentais, caminha-se para um Estado Democrático de Direito. Outro marco importante foi a EC 19/98 que introduziu o princípio da eficiência ao texto constitucional.

O Estado Democrático de Direito visa a diminuição da interferência do Estado, transferindo algumas atividades para a iniciativa privada, mas se criam mecanismos que irão regular a atividade do mercado.

Marcado pelo Poder Regulamentador.

5.1.4. Funções do Estado

O Estado exerce uma função pública, significa dizer que sua atividade é exercida em nome de outra pessoa: O POVO.

FUNÇÃO TÍPICA – é a função principal de cada Poder, assim:

- Poder Legislativo – função típica é legislar através da elaboração de leis, função normativa que possui como principal característica o fato de ser abstrata, de estabelecer normas gerais e de produzir inovações primárias no mundo jurídico;
- Poder Executivo – função típica é administrar, basicamente, corresponde à conversão da lei em ato individual e concreto. Não inova o ordenamento jurídico, é direita (não depende de provocação) e pode ser revertida pelo Poder Judiciário (não produz coisa julgada).
- Poder Judiciário – função típica é jurisdicional, representa a aplicação coativa de leis aos litigantes, estabelece regras concretas, não produzindo inovações primárias no mundo jurídico. É uma função indireta, uma vez que depende de provocação e causa imutabilidade jurídica, ou seja, impossibilidade de mudança, produzindo coisa julgada.

FUNÇÃO ATÍPICA – é a atuação do Poder em uma função diversa da principal. Por exemplo:

- Senado julgando Presidente da República (exerce função jurisdicional);
- Tribunal de Justiça realizando concurso público (exerce função administrativa);
- Presidente da República editando medida provisória (exerce função legislativa).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, é possível uma função, em certo momento considerada típica em razão de uma alteração do ordenamento jurídico vigente, converter-se em atípica, sendo o inverso também possível. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o inventário e o divórcio feitos em cartório.

5.1.5. Função de Governo ou Função Política

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua uma quarta função, a função política ou de governo, a qual surge da existência de certos atos jurídicos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções. Por exemplo, a iniciativa de lei do Poder Executivo, a sanção e o veto, a declaração do estado de sítio e do estado de defesa, a decretação de calamidade pública e a declaração de guerra, entre outros.

Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito ao interesse da sociedade, não afetem direitos subjetivos. São exemplos de atos políticos: convocação extraordinária do CN, nomeação das CPI's nomeações de Ministros dos Estados, relações com Estados estrangeiros, declaração de guerra e de paz, atos decisórios que implicam a fixação de metas, diretrizes e planos governamentais

(estes serão executados pela Administração Pública – em sentido estrito – no exercício da função administrativa propriamente dita).

5.2. GOVERNO

É um dos elementos do Estado, juntamente com povo e território.

Trata-se do comando, da direção do Estado, na maioria das vezes, está nas mãos do chefe do executivo. Importante consignar que o Governo possui dois sentindo, quais sejam:

- Em sentido subjetivo, Governo são os órgãos constitucionais (executivo e legislativo) incumbidos da atividade política.
- Em sentido objetivo, Governo é a própria atividade política, uma das atividades do Estado.

Para que o Estado seja independente, o governo precisa ter SOBERANIA, ou seja, independência na ordem internacional e supremacia na ordem interna.

5.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública possui vários significados, muitas vezes é utilizada como sinônimo de atividade administrativa ou como sinônimo da máquina administrativa (bens, agentes etc.).

5.3.1. Administração em sentido amplo

Neste sentindo, refere-se a Governo e à administração em sentido estrito.

5.3.2. Administração em sentindo estrito

Aqui, refere-se à administração pública livre da ideia de Governo. É o objeto do Direito Administrativo.

Possui dois critérios para sua definição, vejamos:

CRITÉRIO FORMAL/ORGÂNICO/SUBJETIVO	CRITÉRIO OBJETIVO/MATERIAL
Máquina administrativa	Atividade administrativa
Conjunto de órgãos, pessoas e bens responsáveis pela função administrativa do Estado (há autores que entendem como sinônimo do próprio Estado)	Conjunto de atividades desempenhadas pelo Estado, sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas
Aqui, a expressão Administração Pública deve ser escrita com letras iniciais maiúsculas.	Aqui, a expressão administração pública deve ser grafada com letras minúsculas.

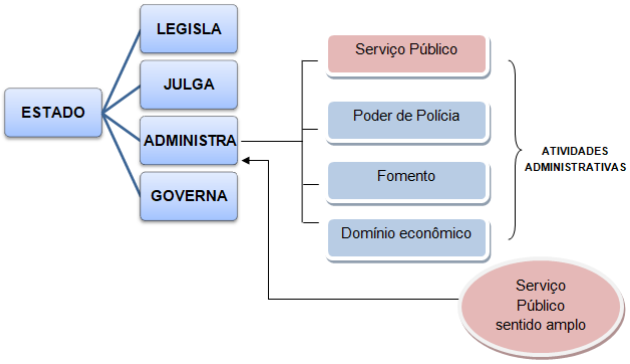
A doutrina também coloca uma segunda utilização para essa expressão ao estabelecer que a Administração Pública, de igual forma, pode ser conceituada como uma atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, exercendo uma conduta hierarquizada, sem responsabilidade constitucional e política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. Assim, a Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e competência executiva, só podendo opinar sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência administrativa, sem qualquer faculdade de opção política.

Enquanto o governo constitui atividade política de índole discricionária a administração implica na atividade exercida nos limites da lei e da norma técnica? Isto é administração? Sim, no critério material.

Qual a distinção entre GOVERNO e ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA? Hely Lopes Meirelles: Governo é a atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração conduta hierarquizada.

A administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.

Em suma:



6. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

6.1. CONCEITO

São os mecanismos de controle jurisdicional dos atos do poder público.

O Estado de Direito funda-se em duas premissas: a da Legalidade (a administração está limitada ao cumprimento da lei) e do Controle Judicial (de nada adiantar submeter a administração à Lei, se não existe fiscalização).

A ideia central é a de JURISDIÇÃO, uma das funções do Estado. Na jurisdição, o Estado, mediante provocação, aplica a lei ao caso concreto, com a finalidade de resolver conflitos sociais (contencioso), com definitividade (força de coisa julgada).

Existem dois sistemas: o contencioso administrativo ou sistema francês e o sistema de jurisdição única ou sistema inglês.

6.2. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (SISTEMA FRANCÊS)

Neste sistema, há dualidade de jurisdição, pois, ao lado de uma jurisdição comum, existe uma jurisdição administrativa a quem compete o controle judicial dos atos da administração.

Quando a administração pratica um ato administrativo a revisão e o controle, aqui, competem à própria administração.

Exceções (casos em que o poder judiciário poderia rever):

a) Atividade pública de caráter privado (atividade praticada pelo estado que está sujeita ao regime privado, exemplo: estado atuando no comércio): Poder Judiciário

b) Propriedade privada: Poder Judiciário.

c) Repressão penal: Poder Judiciário.

d) Ações ligadas à capacidade e o estado das pessoas: Poder Judiciário.

Esse sistema se aplica na França até hoje, e não se aplica no Brasil.

6.3. JURISDIÇÃO ÚNICA (SISTEMA INGLÊS)

Neste sistema, o Poder Judiciário monopoliza a jurisdição, vigora no Brasil. Contudo, nada impede que a administração controle seus próprios atos.

Deste a Proclamação da República as constituições brasileiras positivaram o sistema inglês. Hoje, previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

> *Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

Já tentamos o contencioso administrativo, porém se tornou regra inoperante, EC 07/77.

É possível a criação de um sistema misto de controle? Não é possível sistema misto de controle, DOUTRINA NÃO RECONHECE, pois a mistura é natural dos dois sistemas, o **que define a jurisdição única é a predominância**. No Brasil, vale a JURISDIÇÃO ÚNICA.

Na verdade, o que caracteriza o sistema é a predominância da jurisdição comum (Poder Judiciário) ou da especial (cortes administrativas), e não a exclusividade de qualquer uma delas, para o deslinde contencioso das questões afetas à Administração. Por isso, não há que se falar em sistemas mistos, já que os dois sistemas misturam o julgamento pelo Judiciário e pelo órgão administrativo, sendo essa mistura uma característica natural de qualquer regime.

7. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é um conjunto de princípios e regras regidos pelo regime jurídico de direito público, o qual requer regras de interpretação próprias, como veremos nos próximos itens.

7.1. RECONHECIMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE DESIGUALDADE ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS

A Administração e os administrados encontram-se em posições jurídicas diversas. Trata-se de uma relação jurídica desigual, definida por um traço de verticalidade, já que a Administração ostenta a qualidade de Poder Público, com prerrogativas e superioridade.

Isto ocorre porque os interesses são diferentes, de um lado há o interesse público e de outro o interesse privado. Como se percebe, o interesse público deve predominar sobre o interesse particular, em razão da sua supremacia.

Desta relação, decorrem os poderes administrativos. No dizer de Celso de Mello: "*quem quer os fins oferece os meios".* Assim, a ordem jurídica oferece à Administração meios para submeter a vontade individual ao bem-estar coletivo, através dos poderes administrativos (poder de polícia, poder disciplinar, poder regulamentar, poder hierárquico).

Cita-se, como exemplo, o art. 58 da Lei 8.666/93, o qual prevê espécies de cláusulas exorbitantes aplicadas aos contratos administrativos.

7.2. RECONHECIMENTO DE UMA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os atos da Administração Pública possuem fé-pública, ou seja, ao praticar determinado ato presume-se que é verdadeiro e legítimo.

Por exemplo, ato administrativo de crédito tributário, IPTU. A competência é do Município, possuindo como base de cálculo o valor venal do imóvel, que é definido pelo Município, presume-se que é um ato legítimo, praticado conforme a lei.

Ressalta-se que a presunção é relativa, admitindo prova em contrário. Desta forma, o contribuinte, no exemplo acima, poderá demostrar que o valor venal está equivocado, afasta a presunção e faz um novo cálculo.

O art. 87, IV da Lei 8.666/93 ao prever a declaração de idoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, no caso de inexecução de contrato, é um exemplo deste reconhecimento, a simples declaração da Administração já impede a contratação com qualquer outro ente administrativo, o ato presume-se verdadeiro e legítimo.

7.3. RECONHECIMENTO DE PODERES DISCRICIONÁRIOS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO

Por poder discricionário, também chamado de discricionariedade, entende-se a liberdade que a lei confere à Administração para ponderar o binômio oportunidade e conveniência, decidindo aquilo que melhor satisfaça o interesse público.

1ª Hipótese: Quando há expressa previsão legal

A lei prevê que o administrador poderá atuar com discricionariedade. Por exemplo, quando ocorre a nomeação para cargo em comissão (livre nomeação e livre exoneração) ou quando a lei prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável (art. 24 da Lei 8.666/93).

2ª Hipótese: Quando a lei não é capaz de descrever todas as situações enfrentadas pela Administração

A Administração faz o que a lei determina. Contudo, há casos em que a lei não foi capaz de descrever todas as formas de atuação da Administração, que poderá usar seu poder discricionário para decidir.

Exemplo: perigo iminente – vários são os casos e hipóteses de perigo iminente. Caberá à administração olhar o caso concreto e apontar o que seja ou não perigo iminente, a partir de um juízo de oportunidade e conveniência.

3ª Hipótese: Quando a lei atribui uma competência, mas não descreve o modo de exercê-la.

Aqui, a discricionariedade está na forma como a competência será exercida, já que a lei não fixa o modo de exercê-la.

Cita-se, como exemplo, o art. 261 do CTB, o qual prevê os casos em que será imposta a penalidade de suspensão do direito de dirigir. Note que caberá à Administração definir o período de suspensão, a lei atribui a competência, mas não fixa o modo como deverá ser exercida.

OBS.: o poder discricionário é limitado pelo princípio da legalidade, pela razoabilidade, pela proporcionalidade e pelo controle judicial.

7.4. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS REGRAS DE DIREITO PRIVADO

Em verdade, não se trata de interpretação, mas sim de integração.

O Direito Administrativo admite aplicação de analogia, sem que isso viole o princípio da legalidade. Nesse sentido, informativo 366 do STF:

> *Servidor Público. Aposentadoria. Férias Proporcionais. Lei Superveniente. Analogia. A Turma negou provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que mantivera sentença de primeiro grau e reconhecera a servidora pública, quando de*

*sua aposentadoria, o direito ao recebimento de férias proporcionais e de seu respectivo adicional de um terço (CF, art. 7º, XVII), mediante a aplicação, por analogia, do § 3º do art. 78 da Lei 8.112/90 ("O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito e ao incompleto,..."). Sustentava a recorrente que, por ter a recorrida se aposentado antes da vigência das leis que autorizaram a indenização de férias proporcionais, o acórdão, ao deferir-lhe esse direito, negara vigência ao art. 6º da LICC e conferira efeito retroativo ao art. 14 da Lei distrital 159/90, bem como ao art. 78 da Lei 8.112/90, ofendendo, por conseguinte, os artigos 5º, II e XXXVI, e 7º, XVII, da CF**. Entendeu-se, com base em precedente do STF, que não havia que se falar em ofensa ao princípio da legalidade nem ao do direito adquirido se a decisão que condenara a Administração Pública ao pagamento de férias proporcionais ao servidor que se aposentara se fundara em aplicação analógica de lei superveniente em perfeita consonância com a CF** (art. 40, §4º, 2ª parte - atual §8º). Concluiu-se, ainda, não ter havido violação ao art. 7º, XVII, da CF, já que "se há indenização é porque as férias, completas ou proporcionais, não foram gozadas, é certo que deve ser integral, ou seja, abrangendo também o adicional de 1/3". Precedentes citados: RREE 202626/DF e 196569/DF (DJU de 29.11.2002). RE 234068/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19.10.2004. (RE-234068)*

8. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO (DA)

Considerando que o direito não é uma ciência natural e sim resultado de uma construção social, as fontes do direito são os meios pelos quais o direito se revela e se torna obrigatório.

8.1. LEI

Principal fonte, é a fonte primária.

Trata-se de lei em SENTIDO AMPLO: CF, MP, LC, LO, LD (lei delegada), toda e qualquer espécie normativa.

OBS: STF - hierarquia: CF → LC/LO → Regulamentos, atos administrativos – STF chamou de estrutura escalonada, hierarquizada, esta estrutura guarda uma relação de "***compatibilidade vertical"***, isto nada mais é do que reconhecer que as normas inferiores devem ser compatíveis com as normas superiores e todas à CF. Se o ato contraria a lei, ele é um ato Ilegal (se a lei contraria a CF há a inconstitucionalidade direta). Se ele desrespeitou a relação de compatibilidade vertical, ele é também um ato inconstitucional (inconstitucionalidade reflexa/oblíqua).

8.2. DOUTRINA

Resultado do trabalho dos estudiosos. Não vincula, diretamente, a atuação do Estado, mas influencia as decisões dos julgadores, tanto que muitas decisões são justificadas por meio da opinião técnica de doutrinadores relevantes.

8.3. JURISPRUDÊNCIA.

Trata-se do reflexo de decisões reiteradas dos tribunais. Quando a jurisprudência está consolidada, cristalizada, o tribunal editará uma súmula, que servirá como documento de orientação (sinalizar), salvo quando for uma súmula vinculante (a partir da EC/45).

Há, ainda, a repercussão geral que tem poder vinculante. O STF julga o *leading case* e, posteriormente, as instâncias inferiores, em casos idênticos, deverão aplicar o entendimento do Supremo.

No Direito Administrativo há inúmeras decisões importantes em repercussão geral, por isso é importante ficar atento ao site do STF.

8.4. COSTUMES

Também denominado de direito consuetudinário, significa a prática habitual de determinada conduta pelo povo, acreditando ser ela obrigatória.

Costume *contra legem*	•Nascem confrontando a lei. •Não são admitidos.
Costume *secundum legem*	•Estão de acordo com a lei, a sua utilização é expressa (art. 445, §2º do CC). •Não se trata de hipótese de integração, uma vez que a própria norma determina o seu uso. •É caso de subsunção
Costume *praeter legem*	•Não estão previstos em lei, utiliza-se para o preenchimento de lacunas •É a única forma de costumes que serve para a colmatação.

8.5. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Compõe a base, o alicerce da nossa ciência. Na sua maioria são regras implícitas no nosso ordenamento. Exemplo: é vedado no Brasil enriquecimento ilícito; ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza; quem causar dano a outrem terá de indenizar, não está escrito, mas são princípios gerais do direito.

8.6. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Os precedentes administrativos também devem ser considerados como fontes do Direito Administrativo. O precedente administrativo pressupõe a prática reiterada e uniforme de atos administrativos em situações similares. A força vinculante do precedente administrativo decorre da

necessidade de segurança jurídica, de vedação da arbitrariedade, de coerência e de aplicação igualitária da ordem jurídica.

Apenas em duas situações, a Administração poderia se afastar do precedente:

a) quando o ato invocado como precedente for ilegal;

b) quando o interesse público, devidamente motivado, justificar a alteração do entendimento administrativo.

Ganha força com a introdução do art. 30 à LINDB:

> *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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)*
> *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.*

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

1. REGIMES JURÍDICOS DA ADMINISTRAÇÃO

Expressão **ampla** que se refere tanto ao regime jurídico de direito público quanto ao regime jurídico de direito privado, aos quais a Administração Pública pode se sujeitar.

A partir do conceito acima, é preciso caracterizar cada um dos regimes, vejamos:

Regime de direito público: trata-se de uma relação vertical, a ordem jurídica reconhece poderes à Administração para que realize um fim (interesse público).

Regra: toda vez que a Administração Pública atua na qualidade de poder público deve agir segundo o regime jurídico de direito público. Não se trata de uma constatação óbvia porque há casos em que o Estado poderá descentralizar o exercício da atividade administrativa, ou seja, o Estado transfere para outra pessoa o encargo de exercer a atividade. Nos casos em que a descentralização depende de poderes e prerrogativas, estaremos diante de um regime de direito público. O exercício do poder de polícia é um bom exemplo, uma vez que tal poder, para ser exercido, precisa de certas prerrogativas (segue regime jurídico público), assim, conforme já decidiu o STF, o particular não pode exercer poder de polícia, o mesmo ocorre com a intervenção do Estado na propriedade.

Regime de direito privado: trata-se de uma relação horizontal, pois para desempenhar suas atividades a Administração Pública não precisa de prerrogativas públicas. Como exemplo: proteção aos idosos, proteção às crianças e aos adolescentes; prestação de serviços como de energia elétrica.

Regra: só atuará em regime jurídico de direito privado quando a lei assim estabelecer. Por exemplo, nos anos 90, lei federal deu aos conselhos profissionais natureza jurídica de direito privado, o que inviabilizava o exercício do poder de polícia, já que exige prerrogativas públicas. A União, percebendo o erro, revogou a referida lei. Com isso, percebe-se que é possível a lei conferir regime jurídico privado quando o correto seria regime jurídico de direito público.

OBS.: quando a Administração Pública atua segundo o regime jurídico de direito privado SEMPRE haverá a incidência de normas de direito público, as quais derrogam parcialmente o regime jurídico de direito privado. Ou seja, sofrerá alterações em razão das normas de direito público. Por exemplo, a União cria uma fundação com personalidade de direito privado, mas determina que haverá licitação, concurso, prestação de contas, que os agentes estarão sujeitos à lei de improbidade administrativa. Ressalta-se, contudo, que tais normas de direito público não desnaturam o regime jurídico, que será, predominantemente, de direito privado.

Encontramos no art. 62 da Lei de Licitações um claro exemplo da observação acima, vejamos:

> *Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos*

preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

2. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Expressão doutrinária que se refere a um conjunto de princípios e regras que irão dar identidade ao Direito Administrativo.

Como fundamentos do regime jurídico administrativo temos:

a) **PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR**: nada mais é do que o reconhecimento de poderes à Administração;

b) **PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**: se traduz em restrições impostas à Administração.

OBS.: A mesma ordem jurídica que confere poderes impõe limitações; confere prerrogativas impõe restrições.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a caracterização do Direito Administrativo e a base de seu regime jurídico se delineiam em função da consagração de dois princípios, por ele denominados PEDRAS DE TOQUE: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público, dos quais se extraem inúmeros princípios, dentre eles o princípio da legalidade, que também tem como implicações os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, além de outros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "*a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente pode-se dizer que o regime administrativo se resume a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições*".

Marçal Justen Filho: "*o regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins*".

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os fundamentos da ciência e surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas.

Não há, na doutrina, uniformidade quanto à categorização e quanto à enumeração dos princípios e suas classificações. A seguir enumeraremos os princípios, de acordo com os principais autores de Direito Administrativo.

3.1. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA HELY LOPES MEIRELLES

Segundo Hely Lopes Meireles, são princípios básicos:

1. Legalidade
2. Moralidade
3. Impessoalidade ou finalidade (são sinônimos, para Hely)
4. Razoabilidade e proporcionalidade
5. Publicidade
6. Eficiência
7. Segurança jurídica
8. Motivação
9. Ampla defesa e contraditório
10. Interesse público ou supremacia do interesse público (traduzem a mesma ideia)

3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO BRASILEIRO, EXPRESSOS E IMPLÍCITOS PARA CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Celso Antônio categoriza e amplia o rol dos princípios.

1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

2. Princípio da legalidade.

3. Princípio da finalidade (para o autor, o princípio da finalidade é intrínseco ao princípio da legalidade. A finalidade da lei está contida na própria lei, assim descumprir a finalidade da lei é descumprir a própria lei).

4. Princípio da razoabilidade.

5. Princípio da proporcionalidade.

6. Princípio da motivação.

7. Princípio da impessoalidade.

8. Princípio da publicidade.

9. Princípio do devido processo legal e ampla defesa.

10. Princípio da moralidade administrativa.

11. Princípio do controle judicial dos atos administrativos (sistema inglês) *.

12. Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (CF, art. 37, § 6º). *

13. Princípio da eficiência (também conhecido como princípio da boa administração).

14. Princípio da segurança jurídica.

3.3. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVO PARA JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Faz uma categorização, vejamos:

1. Princípios expressos (CF, art. 37, caput) (expressão “LIMPE”)

a) Princípio da legalidade.

b) Princípio da impessoalidade.

c) Princípio da moralidade.

d) Princípio da publicidade.

e) Princípio da eficiência.

OBS.: “expresso” significa positivado/escrito. Poderá estar expresso na Constituição, no Capítulo dedicado à Administração, no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais (p. ex.: CF, art. 5º, LV), na legislação ordinária (Lei 9.784). José dos Santos restringiu como “expresso” apenas os princípios da CF, art. 37, caput.

2. Princípios reconhecidos

a) Princípio da supremacia do interesse público.

b) Princípio da autotutela (é um princípio expresso – Lei n. 9.784/99, art. 53).

> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

c) Princípio da indisponibilidade.

d) Princípio da continuidade dos serviços público (é um princípio expresso – Lei n. 8.987/95, art. 6º, § 1º).

> *Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
> *§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

e) Princípio da segurança jurídica (proteção e confiança).

f) Princípio da precaução *.

3. Princípio da razoabilidade.

4. Princípio da proporcionalidade.

3.4. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PARA MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

1. Legalidade.

2. Supremacia do interesse público.

3. Impessoalidade.

4. Presunção de legitimidade ou veracidade *

5. Especialidade.

6. Controle ou tutela.

7. Autotutela.

8. Hierarquia *.

9. Continuidade do serviço público *.

10. Publicidade.

11. Moralidade administrativa.

12. Razoabilidade e proporcionalidade.

13. Motivação.

14. Eficiência.

15. Segurança jurídica, proteção e confiança e boa-fé.

A seguir analisaremos cada um dos princípios (os mais importantes).

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Princípio indispensável para o convívio social. Supremacia é superioridade, sobreposição do interesse público face o interesse individual. Vincula o legislador e a autoridade administrativa em toda sua atuação.

OBS: Cuidado – Não é superioridade do estado, do administrador, e sim do interesse público.

Exemplo1: por conta das cláusulas exorbitantes o Estado poderá alterar o contrato administrativo, em nome da supremacia.

Exemplo2: Atos administrativos são autoexecutáveis, não precisam de autorização do judiciário. Supremacia do Interesse público.

Interesse público = prerrogativas + obrigações.

Uma vez identificado o interesse público, a administração não pode dispor, ela tem que cuidar, proteger, perseguir esse interesse público.

Celso Antônio Bandeira Mello: "significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa **não tem disponibilidade** sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis". "***As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização"**

É um princípio IMPLÍCITO no texto constitucional, NÃO ESTÁ ESCRITO, embora se encontrem inúmeras regras constitucionais que a ele aludem ou impliquem manifestações concretas dessa superioridade do interesse público. Empregando essa ideia, o constituinte introduziu alguns dispositivos que permitem ao Estado adquirir a propriedade do particular, independentemente da sua vontade, tendo como fundamento uma razão de interesse público, instituto esse denominado desapropriação.

Todavia, há previsão no art. 2º caput da Lei nº 9.784/99 – Lei do PAD.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica**, INTERESSE PÚBLICO** e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *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;*

Algumas correntes sobre o tema:

1ª C: Corrente minoritária da doutrina defende que esse princípio serve como instrumento para prática de arbitrariedade, defendem que ele deveria ser desconstituído, desconstruído. Por exemplo, ao desapropriar determinada propriedade para construir uma escola, não seria supremacia do interesse público, mas sim uma ponderação entre direitos fundamentais (educação X propriedade).

2ª C: Corrente MAJORITÁRIA, o princípio não deve ser desconstruído, ele deve ser aplicado de forma correta, coerente. Tem que manter o princípio, mas aplicá-lo de forma verdadeira.

Dirley: Cumpre acentuar que este princípio pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais.

2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O Administrador não pode abrir mão do interesse público, é um limite ao princípio da supremacia e significa indisponibilidade.

A expressão interesse público representa uma categoria contrária ao interesse privado, individual; consiste no interesse do todo, do conjunto social. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, "*o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados sem sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*".

Função pública: atividade em nome e no interesse do povo.

Se o direito não é do administrador, se o interesse não é do administrado, ele não pode abrir mão dele.

Exemplos: licitação – transparência. Escolhe-se a melhor proposta, a mais vantajosa para o interesse público. Licitação obrigatória no caso, porém administrador justifica com uma dispensa falsa e contrata diretamente com uma empresa. Se ele abre mão de escolher a mais vantajosa, ele está abrindo mão do interesse público. Abuso na contratação temporária, de cargos em comissão, viola o princípio da indisponibilidade.

Resta ainda distinguir o significado de interesse público primário e secundário. Considera-se interesse público primário o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos. De outro lado, tem-se o interesse público secundário, que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito. Ressalte-se que o Estado, da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É princípio expresso da administração pública. Somente são considerados expressos os princípios que estão positivados no capítulo constitucional dedicado à administração pública (capítulo VII da CF/88).

> *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:* "LIMPE"

O conceito de legalidade encontra-se no art. 2º da Lei 9.784/99.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - Atuação conforme a lei e o Direito;*

Desta forma, o princípio da legalidade significa que a Administração Pública deverá atuar conforme a lei e o direito, trata-se de legalidade em sentido amplo ou juridicidade (lei + direito).

Para o cidadão, a legalidade é aquela prevista no art. 5º, da CF, assim poderá fazer tudo que não está proibido em lei. Já a legalidade administrativa encontra-se no art. 37 da CF, sendo que só poderá fazer o que a lei expressamente determinar.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI;*
>
> *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:*

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto o princípio da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada, "*o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso, considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo*".

Em suma, o princípio da legalidade está na base do estado do direito, podendo ser analisado por dois ângulos:

- Direito privado: o particular pode tudo desde que não esteja vedado ou proibido na lei. CRITÉRIO DE NÃO CONTRADIÇÃO À LEI.

- Direito público: o administrador só pode o que está autorizado na lei. CRITÉRIO DE SUBORDINAÇÃO À LEI. O administrador tem liberdade nos limites da lei. A Lei estabelece a liberdade, garante a conduta discricionária.

Seabra Fagundes: "Administrar é aplicar a lei, de ofício".

Entretanto, é necessário grifar que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade.

3.1. RESERVA DE LEI X PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade consiste em fazer o que a lei determina. A reserva de lei é muito mais restrita, significa selecionar uma matéria e reservar a determinada espécie normativa. É a escolha da espécie normativa.

Hoje, a legalidade tem sido vista em **sentido amplo** ("alargamento do princípio da legalidade"), o que era a simples conferência de lei vai além: também é conferência das regras e normas constitucionais, isso inclui os princípios constitucionais. Se o ato viola um princípio da constituição, violará também o princípio da legalidade.

Di Pietro: O Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na CF. Isso significa a **ampliação do controle judicial**, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível apontar três restrições excepcionais ao princípio da legalidade, elas representam uma transitória constrição a esse princípio e são expressamente mencionadas na Constituição Federal: as medidas provisórias, o estado de defesa e o estado de sítio.

4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

4.1. CONCEITO

Há dois sentidos conferidos ao princípio da impessoalidade:

1º Sentido: Significa agir de forma impessoal, não buscar interesses pessoais. Exige AUSÊNCIA de subjetividade.

A Lei 9.784/99 traz o conceito de impessoalidade, vejamos:

> *Lei 9.784/99 Art. 2º, Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*

2º Sentido: É bem definido por José Afonso da Silva: "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o **autor institucional do ato**. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal (TEORIA DO ÓRGÃO), nos termos do art. 37, §1º CF.

> *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.*

Ademais, a mesma ideia encontra-se no §6º do art. 37 da CF, que trata da responsabilidade, *in verbis*:

> *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

A Constituição Federal conta com outras regras que representam aplicações concretas desse princípio, a exemplos, o art. 37, inciso II, que institui a exigência de concurso público para o exercício de cargos ou empregos públicos; e o art. 37, inciso XXI, que ordena a aplicação do procedimento licitatório como instrumento eficaz para que a Administração celebre o melhor contrato possível.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade "*traduz a ideia de que a Administração tem de tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa.* E completa*: "o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia*".

Outra aplicação deste princípio reside na matéria de exercício de fato, quando se reconhece a validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

Os art. 18 a 21 da lei 9.784/99, também se inserem como aplicação do princípio da impessoalidade. Isto porque contém normas de impedimento e suspeição quanto ao processo

administrativo, da mesma forma que existe no processo judicial. São hipóteses de presunção de parcialidade.

> *Lei 9.784/99 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.*

4.2. NEPOTISMO

A questão envolvendo o nepotismo ganhou destaque com a criação do CNJ e do CNMP, pela EC 45/2004, dois órgãos de controle administrativo que editaram resoluções proibindo a prática de tais atos para cargo em comissão e contratação temporária, que não precisam de concurso ou contratação direta com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Também proibiram o nepotismo cruzado. Os tribunais resistiram, então o próprio CNJ exonerou os parentes.

Chegou ao STF uma questão: O CNJ tem competência para isso? A proibição pode vir por resolução? E qual o fundamento constitucional para isso?

Foi ajuizada a ADC 12 – STF: Tanto o CNJ quanto o CNMP possuem competência, visto que foram criados para realizar controle administrativo. Igualmente, é possível a proibição ser imposta por resolução, visto que se trata de um ato normativo. Ademais, essa matéria está fundamentada na CF. Apontou-se quatro princípios constitucionais que fundamentam a proibição: **impessoalidade, moralidade, eficiência e isonomia**.

Para consolidar tal entendimento, o STF editou uma súmula vinculante:

> ***SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF**: "A nomeação de 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, ***viola a constituição federal****."*

Sistematizando:



O nepotismo CRUZADO também é proibido (uma autoridade nomeia parente de um para União e outra do estado, nomeia daquela para este).

STF: a regra não é aplicada no caso de cargos políticos, como é o caso de secretário ou ministro de estado, situação em que é possível a nomeação de parentes, desde que o nomeado tenha condições técnicas (seja qualificado) para o exercício do cargo. No RE 1.133.118 o STF reconheceu repercussão geral acerca do tema (ainda pendente de julgamento)

Vale, ainda, chamar a atenção para o fato de o STF haver confirmado, em sede de repercussão geral, com julgamento de mérito já proferido que não há necessidade de lei formal para a vedação ao nepotismo, considerando que tal proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF.

4.3. IMPESSOALIDADE X FINALIDADE

1ª Corrente: Hely Lopes Meirelles – considera finalidade como sinônimo da impessoalidade, perseguir o interesse público. Para esse autor, se a finalidade é pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros, isto é, a finalidade pública proíbe a atuação pessoal do administrador.

2ª Corrente: Moderna, Celso Antônio Bandeira de Mello – são princípios autônomos eles não se misturam. Impessoalidade é ausência de subjetividade, finalidade significa buscar o espírito da lei, buscar vontade maior da lei.

É possível que o administrador cumpra o espírito da lei sem cumprir a própria lei? Dá para separar? NÃO, não tem como buscar somente o espírito da lei e vice-versa, não são elementos separáveis. O princípio da finalidade não está ligado à impessoalidade e sim ao princípio da LEGALIDADE.

Art. 2º da lei 9784/99.

> *Lei 9.784/99 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da LEGALIDADE, FINALIDADE, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *I - Atuação conforme a lei e o Direito;*

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. ***Uma atividade e um fim supõem uma norma (lei) que estabeleça, entre ambos, o nexo necessário.*** Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia porque a isso a CF a obriga (art. 5º caput e inc. I), a função administrativa que nela se baseia também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se ***desvio de finalidade***, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento, qual seja, **o interesse público.**

Reconhecido como princípio autônomo e expresso na norma infraconstitucional, é interessante ressaltar que o princípio da finalidade está implícito no texto constitucional, admitindo-se como fundamento o próprio princípio da legalidade (art. 37, caput), além do art. 5º, LXIX, que define o mandado de segurança, enquanto remédio constitucional cabível em caso de ilegalidade ou abuso de poder. Assim, conforme já dito, o abuso do poder é o exercício das atribuições fora dos limites da lei, e um desses limites é a sua finalidade.

Impessoalidade está ligada ao princípio da ISONOMIA.

4.4. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA

Trata-se de um princípio que excepciona o princípio da impessoalidade, tendo em vista que inibe a aplicação de severas sanções a entidades federativas por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos.

Possui duas acepções:

1ª acepção: quando a irregularidade foi praticada pela gestão anterior

Existem julgados do STF afirmando que se a irregularidade no convênio foi praticada pelo gestor anterior e a gestão atual, depois que assumiu, tomou todas as medidas para ressarcir o erário e corrigir as falhas (ex.: apresentou todos os documentos ao órgão fiscalizador, ajuizou ações de ressarcimento contra o antigo gestor etc.), neste caso, o ente (Estado ou Município) não poderá ser incluído nos cadastros de inadimplentes da União. Assim, segundo esta acepção, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções proíbe a aplicação de sanções às administrações atuais por atos de gestão praticados por administrações anteriores.

2ª acepção: quando a irregularidade foi praticada por uma entidade do Estado/Município ou pelos outros Poderes que não o Executivo

Além do caso acima explicado, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções pode ser aplicado também nas situações em que uma entidade estadual/municipal (ex.: uma autarquia) descumpriu as regras do convênio e a União inscreve não apenas essa entidade, como também o próprio ente (Estado/Município) nos cadastros restritivos

Vejamos o Informativo 825 em que o STF se pronunciou acerca do tema (extraído do Dizer o Direito):

Segundo a posição que prevalece no STF, se a irregularidade no convênio foi praticada pelo gestor anterior e a gestão atual, depois que assumiu, tomou todas as medidas para ressarcir o erário e corrigir as falhas (exs: apresentou todos os documentos ao órgão fiscalizador, ajuizou ações de ressarcimento contra o antigo gestor etc.), neste caso, o ente (Estado ou Município) não poderá ser incluído nos cadastros de inadimplentes da União.

Assim, segundo esta acepção, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções proíbe a aplicação de sanções às administrações atuais por atos de gestão praticados por administrações anteriores.

Segundo o Min. Luiz Fux, "não se pode inviabilizar a administração de quem foi eleito democraticamente e não foi responsável diretamente pelas dificuldades financeiras que acarretaram a inscrição combatida". Penso que seja a posição que prevalece no STF.

A própria AGU admite esta tese:

Súmula 46-AGU: Será liberada da restrição decorrente da inscrição do município no SIAFI ou CADIN a prefeitura administrada pelo prefeito que sucedeu o administrador faltoso, quando tomadas todas as providências objetivando o ressarcimento ao erário.

Vale ressaltar, no entanto, que o Min. Marco Aurélio recentemente manifestou-se contrariamente à tese afirmando que:

A inscrição do nome do Estado-Membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência. Vigora, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da CF/88. A relação jurídica envolve a União e o ente federal, e não a União e certo Governador ou outro agente. O governo se alterna periodicamente nos termos da soberania popular, mas o Estado é permanente. A mudança de comando político não exonera o Estado das obrigações assumidas. No caso concreto (ACO 732/AP), o STF julgou o pedido de forma favorável ao Estado porque a União não havia respeitado o devido processo legal. Dessa forma, esta argumentação do Min. Marco Aurélio não foi adotada pela Turma como razão de decidir. Por isso, penso que a posição do referido Ministro é minoritária e, em concursos públicos, acredito que ainda se deve adotar o entendimento no sentido de que é possível aplicar o princípio da intranscendência para esta situação.

STF. 1ª Turma. ACO 732/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2016 (Info 825).

STF. 1ª Turma. AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 23/6/2015 (Info 791).

5. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Tratar os iguais de forma igual, os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Deve-se averiguar se o ***fator discriminatório*** está de acordo com ***o objetivo da norma***.

Existem dois critérios básicos como meio de averiguar a constitucionalidade de determinada discriminação (ou distinção):

Exemplo: edital restrito a mulheres para agente de penitenciária feminina.

1º Critério: Identifica-se o elemento de distinção; no exemplo seria a limitação da inscrição às mulheres.

2º Critério: Verificar se o elemento de distinção é OBJETIVO, RAZOÁVEL e PROPORCIONAL ao fim buscado pelo ato discriminatório (no caso o edital). Aqui, examinando o exemplo, o objetivo do edital é o provimento de agente de penitenciária feminina, logo não há nada mais razoável e proporcional que a limitação de inscrições a mulheres. Vale dizer ainda que a limitação foi objetiva, ou seja, a todas as mulheres, sem qualquer distinção de caráter subjetivo.

Nesses casos específicos de provimento de cargos públicos, o STF adota o entendimento segundo o qual a distinção (ou discriminação) ***deve ser proporcional e razoável à natureza das atribuições do cargo, além de estar prevista em lei.***

Requisitos para concurso:

- Compatibilidade com as atribuições do cargo.
- Deve estar previsto na lei da carreira

> ***STJ – 535*** *É admitida a realização de exame psicotécnico em concursos públicos se forem atendidos os seguintes requisitos: previsão em lei, previsão no edital com a devida publicidade dos critérios objetivos fixados e possibilidade de recurso.*

*Teste físico: diferença mulheres x homens. Não viola isonomia.

> *Súmula vinculante 44-STF: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*

6. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A Lei 9.784/99 conceitua moralidade, vejamos:

> *Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *IV - Atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*

Boa-fé, obediência aos padrões éticos, honestidade, lealdade do administrador. O administrador deve cumprir os padrões éticos, as regras, as condutas éticas.

Crítica: conceito vago, muito aberto. Raramente acharemos uma decisão judicial retirando um ato administrativo porque o ato é imoral. Então, é atrelado a outros princípios, retira o ato porque ele é ilegal e imoral, viola princípio da impessoalidade e moralidade etc. O judiciário tem dificuldades de reconhecer a aplicação desse princípio.

Moralidade comum: regras do dia-a-dia.

Moralidade administrativa: não significa somente correção de atitudes, certo e errado, ela é mais rigorosa do que a moralidade comum. A moralidade administrativa exige a correção de atitudes, exige o certo errado, MAS o administrador também tem que ser um bom administrador (correção de atitudes + boa administração).

O administrador deve fazer a melhor escolha, deve fazer da melhor maneira possível. Não há dúvida que a boa administração TAMBÉM É EFICIÊNCIA, mas significa moralidade administrativa também, são princípios correlatos.

A **imoralidade administrativa** surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de **desvio de poder**, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Essa razão justifica o entender de parte da doutrina que diz que a imoralidade acaba se reduzindo a uma das possibilidades de ilegalidade que atinge o ato administrativo, ou seja, a ilegalidade quanto **FINS** (**desvio de poder** – finalidade está ligada à legalidade).

O princípio deve ser observado não somente pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes em matéria de licitação o conluio entre licitantes, isso atinge frontalmente o princípio ora estudado.

Embora não seja a mesma coisa que legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei) a imoralidade administrativa tem repercussão jurídica, podendo ser declarada a invalidade do ato, pela própria Administração ou Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo que diz respeito à **ação popular** (art. 5 LXXIII da CF) e implicitamente pelos art. 15, V, 37, §4º e 85, V, este último inclusive considerando improbidade administrativa como **crime de responsabilidade**.

CF Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência;

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

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:
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
V - A probidade na administração;

Enquanto previsão expressa, esse princípio representa uma novidade da Constituição de 1988, art. 37, caput, caracterizando-se como uma evolução do princípio da legalidade, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, apesar de não ter conteúdo definido, preciso; representa um conceito jurídico indeterminado, vago.

7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

7.1. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

A definição do princípio da publicidade encontra-se no art. 2º da Lei 9.784/99, vejamos:

> *Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
> *V - Divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.*

Ressaltam-se os seguintes aspectos do princípio da publicidade:

Dar conhecimento ao titular do direito (permite a transparência, a clarividência). Exemplo: contrato - empresa com estado, entrega de merenda escolar em 30 dias, este contrato administrativo passará a produzir efeitos a partir da publicação. Publicidade significa início de produção de efeitos, é condição de eficácia. Só produz efeitos a partir do momento em que é publicado.

Condição de EFICÁCIA, início de produção de efeitos. (Ex. art. 61, §único, lei 8.666).

> *Lei 8666, Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.*
> *Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição INDISPENSÁVEL PARA SUA EFICÁCIA, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.*

Exemplo: multa, prazo para defesa a partir de quando se recebe a notificação, só pode exercer o direito de defesa ao tomar ciência de que se foi multado, não se pode ter prazo antes de conhecer. Significa também: Início de contagem de prazo.

Mecanismo de controle. Tomando conhecimento pode-se fiscalizar.

O administrador tem a obrigação, o dever de publicar. Quais são os dispositivos que fundamentam esse dever?

a) CF Art. 37, caput.

> *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:*

b) CF Art. 5º, XXXIII – direito à informação.

> *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;*

A Lei 12.527/2011 regulamentou o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da CF, bem como a Lei na 8.112/90. No âmbito do Poder Executivo federal foi editado o Decreto na 7.724, de 16.05.2012 que regulamenta os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso, observados grau e prazo de sigilo.

A Lei dispõe no seu art. 24 que a informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada. Estabelece, posteriormente, como se dará a referida classificação e os prazos máximos de restrição de acesso à informação. Foi instituída ainda uma Comissão Mista de Reavaliação de Informações, que decidirá, no âmbito da administração pública federal, sobre o tratamento e a classificação de informações sigilosas.

c) CF Art. 5º, XXXIV – direito de certidão, dever de publicar.

> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

OBS: Se a certidão é pedida para outros fins, como por exemplo, a proteção de interesses coletivos, ainda assim será devida, entretanto, poderá ser cobrada taxa, sob pena de se tornar inviável a defesa do direito (ex.: ação popular).

d) CF Art. 5º, LXXII – habeas data.

> *LXXII - conceder-se-á "habeas-data":*
> *a)* ***para assegurar o 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;*

É mister, também, aproveitar a oportunidade para pontuar uma distinção crucial entre o mandado de segurança e o habeas data. O primeiro é utilizado para a proteção de um direito líquido e certo, nessa hipótese, o de informação, ou até o de certidão, se for o caso, enquanto o segundo só poderá ser utilizado quando se tratar de informação sobre a sua pessoa, restando concluir que, se a informação for do seu interesse, mas não sobre a sua pessoa, o remédio adequado é o mandado de segurança.

OBS1: no caso de informações do interesse não pessoais, caberá MS.

OBS2: este direito à informação (disciplina na lei 9.507/97, art. 1º) protegido pelo HD, somente poderá ser exercido quando a informação esteja depositada em órgão que **forneça dados a terceiros**, não caberá direito de informação se a informação for usada para uso exclusivo do próprio órgão.

Se o administrador não publica, a consequência é IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Art. 11 da lei 8429/92.

> *Art. 11. Constitui **ato de improbidade administrativa** que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
> *[...]*
> *IV - Negar publicidade aos atos oficiais;*

7.2. SITUAÇÕES EM QUE O ADMINISTRADOR NÃO PRECISA PUBLICAR (EXCEÇÕES À PUBLICIDADE)

Não se publica quando se pode colocar em risco a segurança da sociedade ou do estado. Art. 5º, XXXIII. *Reconhecido por toda doutrina*.

> *Art. 5, 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;***

Não há publicidade em nome da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Quem violar irá indenizar o dano moral decorrente da violação. (Art. 5º X CF).

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *X - **São invioláveis** a **INTIMIDADE, a VIDA PRIVADA, a HONRA e a IMAGEM DAS PESSOAS**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

Atos processuais que correm em sigilo na forma da lei. Art. 5º, LX CF. Para via administrativa acontece também, não se aplica somente para judicial.

> *Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais* ***quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;***

Exemplo: suspeita de erro médico, processo ético disciplinar corre em sigilo, para proteger o profissional e a carreira, é publicado apenas no fim do processo. Lei 8.112 também abre a possibilidade de processo sigiloso.

7.3. PUBLICIDADE X PUBLICAÇÃO

CESPE: Licitação na modalidade convite não tem publicidade. FALSO. Tem publicidade SIM, não há a publicação da carta convite, não há necessidade disso, publicação é apenas uma das formas de se realizar publicidade. A intenção era confundir o candidato: publicidade x publicação. Publicidade acontece, o que não acontece é a publicação de edital.

Publicação é somente um exemplo de publicidade, que é muito mais amplo e pode-se dar por diversas formas. No convite tem publicidade, não há publicação no jornal etc., mas tem publicidade, os atos podem ser vistos e conferidos.

7.4. DEVER DE PUBLICAR X PROMOÇÃO PESSOAL

Obra pública, placa: obra iniciada dia tal, contrato administrativo número tal, concorrência número tal, administrador X. Promoção pessoal? Há improbidade?

Art. 37, §1º. Não pode constar nomes, imagens, símbolos que representem promoção particular do administrador.

> *CF 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.*

STJ, jurisprudência: para se reconhecer promoção pessoal, BOM SENSO, analisar caso concreto, o simples fato de constar o nome nem sempre será promoção pessoal, não significa necessariamente improbidade administrativa. Pode ser de caráter educativo, orientação. Neste caso, NÃO configura promoção particular.

Haverá promoção pessoal, por exemplo, quando o político tem um símbolo de campanha, é eleito, leva para administração o seu símbolo de campanha.

Improbidade utilizando terceiros é proibida também pela lei 8.112. O “Povo” é que coloca placas nas cidades “agradecendo o político pelas obras”. PROMOÇÃO.

8. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

8.1. CONCEITO

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado de acordo com **modo de atuação do agente público**, do qual é esperado o melhor desempenho possível de suas funções, logrando os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública,** com o mesmo objetivo: obter os melhores resultados na prestação do serviço público.

Ganhou roupagem de princípio constitucional expresso a partir da EC 19/98. Antes da emenda 19 ele já estava implícito na CF. A emenda apenas dá roupagem de princípio expresso, já existia inclusive em lei ordinária, art. 6º da lei 8987/95 (concessão e permissão de serviço).

> *Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a **prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários,** conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
> *§ 1º **Serviço adequado é** o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, **EFICIÊNCIA**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

Em suma:

- Ausência de desperdícios → economia.
- Produtividade.
- Agilidade.
- *Devo ser eficiente quanto aos meios e aos resultados (meios + resultados).* Deve-se gastar pouco com os meios e ganhar com o resultado. Se gasta muito com os meios e se tem pouco resultado, não é eficiente.

OBS1: o constituinte da EC 19/98 alterou a estabilidade para garantir a eficiência dos servidores. O servidor que não é eficiente perde a estabilidade.

> *Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.*
> *§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:*
> *III - mediante procedimento de **avaliação periódica de desempenho**, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*
> *§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.*

Como se faz essa avaliação? A lei diz que dependerá de cada carreira, lei disciplinará. Somente em algumas carreiras foi disciplinado, mas em sua maioria não há definição.

8.2. EFICIÊNCIA X DESPESAS COM PESSOAL

Como controlar o desperdício, no que diz respeito às despesas com pessoal? **Art. 169 CF foi inserido com a EC 19/98**, para maximizar a **eficiência.**

> *Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* ***não poderá exceder os limites*** *estabelecidos em lei complementar.*

LC 101/00 (Ler para AGU)**, art. 19:** limites.

> ***LC 101/00*** *Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:*
> *I - União: 50% (cinquenta por cento);*
> *II - Estados: 60% (sessenta por cento);*
> *III - Municípios: 60% (sessenta por cento).*

Se ultrapassa o limite, deverá ser feita a ***racionalização*** da máquina. "Corte". A ordem é a seguinte (art. 169, §3º CF):

a) Cargo em comissão / função de confiança (pelo menos 20%).

b) Servidores não estáveis (todos). Dentro destes: de acordo com a necessidade/importância.

c) Servidores estáveis.

Só pode passar para a ordem seguinte, cumprida a anterior, exemplo: só passa à classe de servidores não estáveis esgotando os 20% dos cargos em comissão/função de confiança.

> *Art. 169, § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:*
> *I - Redução em pelo menos vinte por cento das despesas com CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA;*
> *II - Exoneração dos servidores NÃO ESTÁVEIS.*
> *§ 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.*

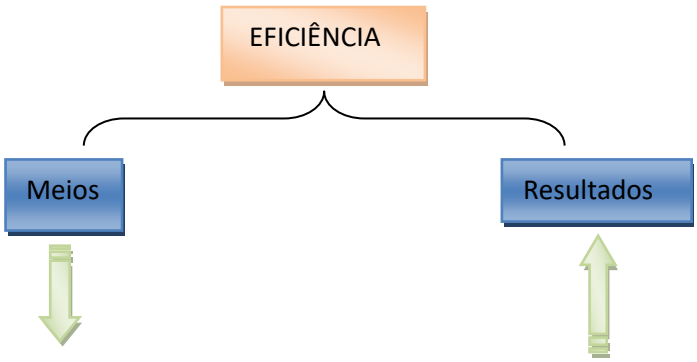
O único que tem direito a indenização é o servidor **estável.** Art. 169, §5º**.**

> *§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a INDENIZAÇÃO correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.*

Quando o servidor é "cortado" para racionalização da máquina, ele é **exonerado.** Demissão é pena, ele não praticou infração nenhuma.

Para evitar ***"pessoalidades"***, "**subjetividades",** como por exemplo, exoneração sob o fundamento de enxugar a máquina, mas sendo na verdade vingança, o constituinte criou um dispositivo (art. 169, §6º):

> *§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.*



8.3. LEGALIDADE X EFICIÊNCIA

A eficiência sempre poderá ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, nunca ludibriando este último, que, quando não atender as necessidades do Estado para o máximo aproveitamento, será modificado, de acordo com o interesse público. Nunca se justificará uma atuação contrária ao direito por mais eficaz que seja. A eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não se sobrepondo a nenhum deles, especialmente o da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio estado de direito.

Por fim, a EC n° 19 também alterou o art. 37, § 3º, da CF (foi regulado pela Lei 12.527/11), determinando-o como um instrumento para que os indivíduos possam exercer efetivamente sua cidadania e exigir eficiência, permitindo que a lei discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta, regule as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, garanta o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo e regulamente a representação contra o exercício negligente ou abusivo dos cargos, empregos e funções públicas. Esse, com certeza, é um excelente instrumento para a efetivação do princípio da eficiência.

8.4. EFICIÊNCIA X EFICÁCIA X EFETIVIDADE

Eficiência: modo, maneira pela qual se desempenha a atividade administrativa. Ou seja, modo de agir dos agentes.

Eficácia: diz respeito aos meios, instrumentos utilizados na atividade administrativa.

Efetividade: diz respeito aos resultados.

Nem sempre os três serão concomitantes.

Atenção (**CEspe**):

EC **19/98** → eficiência na administração pública.

EC **20/98** → previdência.

8.5. EFICIÊNCIA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Para os processos administrativos, a novidade veio com a Emenda Constitucional nº 45, chamada Reforma do Poder Judiciário, que introduziu o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, cujo teor confirma que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Essa regra, que atinge a via administrativa, busca a celeridade dos processos e, com isso, a eficiência do provimento final. Visando a sua implementação devem ser criadas novas regras legais ou alteradas as já existentes.

Doutrina: apesar de tudo isso ainda está muito longe do que preconizava o constituinte de 98. Uma utopia, que ainda não virou realidade.

9. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Esse princípio decorre dos princípios da indisponibilidade e da legalidade. Surgiu com base na ideia de descentralização administrativa, apesar de a doutrina também admitir a sua aplicação para a própria Administração Direta.

Para a Administração Direta criar as pessoas jurídicas da Administração Indireta precisa de lei. Esta lei vai definir a FINALIDADE ESPECÍFICA da pessoa jurídica da Administração Indireta. O administrador não pode fugir desta finalidade.

Pode o administrador modificar esta finalidade? Não, visto que tal finalidade é definida por lei, para modificá-la precisaremos de outra lei → ***paralelismo de formas.***

Há doutrina que entende também poder ser aplicado quanto aos **órgãos públicos**. (MP/MG – 'O princípio da especialidade vincula as PJ da administração indireta e os **órgãos** da administração à lei que os cria')

Esse princípio, pensado inicialmente para as autarquias, também deve ser aplicado às demais pessoas jurídicas que dependem, igualmente, de lei para sua criação (art. 37, XIX e XX, da CF). Essa mesma ideia também pode ser aplicada para as estruturas internas da Administração, como é o caso dos órgãos públicos que, da mesma forma, estão ligados à finalidade do ato de sua criação.

A fiscalização de obediência a essa finalidade, e, consequentemente de obediência à legalidade, faz-se pelos instrumentos de controle da Administração, como é o caso da supervisão ministerial que é realizada pelo Ministério a que a pessoa jurídica estiver ligada.

O melhor exemplo é o art. 237 da Lei 6.404/1976.

> *Lei n. 6.404/1976, art. 237: "A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição".*

10. PRINCÍPIO DO CONTROLE OU TUTELA

Os entes federativos, através de órgãos da administração direta exercem controle sobre as pessoas jurídicas da administração indireta. Não há hierarquia, há controle. Não há autotutela, há tutela. Não há subordinação, há vinculação.

> *Dec. Lei n. 200/67, art. 4°: A Administração Federal compreende:*
> *Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.*
>
> *Dec. Lei n. 200/67, art. 6º "As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais. (...)*
> *V – Controle.*

Exemplos: Ministério da Educação exerce tutela sobre as autarquias federais universidades federais; Ministério do Meio Ambiente exerce tutela sobre o IBAMA; Ministério das Minas e Energia exerce tutela sobre a Petrobrás; Ministério da Fazenda exerce tutela sobre o Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Casa da Moeda; Ministério das Telecomunicações exerce tutela sobre os Correios e ANATEL.

11. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

Administração poderá rever seus atos quando:

a) ILEGAIS: anulação.

b) INCONVENIENTES: revogação.

Di Pietro: o princípio da autotutela não impõe somente a revisão de atos, mas impõe também o ***dever de zelo*** para com os bens, órgãos na função pública.

Esse princípio já está sedimentado em duas Súmulas do STF, que são compatíveis, continuam válidas, sendo que a segunda complementa a primeira.

> *STF nº 346 A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos.*

> *STF nº 473 diz que: A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tomem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

O prazo para que a Administração reveja os seus próprios atos, quando ilegais e se deles decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, é decadencial e de cinco anos, contados da data em que foram praticados, conforme regra do art. 54 da Lei nº 9.784/99 (conta-se a partir da vigência da lei). Todavia, nada impede que essa ilegalidade seja corrigida também pelo Poder Judiciário.

No que tange à revogação, a Administração estará sujeita a alguns limites materiais, já que não há previsão quanto a limite temporal (prazo) como também não há uma enumeração legal dessas hipóteses. Considerando que o rol não é taxativo, apontam-se como as mais indicadas pela doutrina as seguintes situações em que não se admite a revogação: de atos vinculados, visto que eles não têm conveniência; de atos que já exauriram os seus efeitos, considerando que a revogação não retroage; de atos que já estão na órbita de competência da autoridade, como, por exemplo, se o interessado recorreu à autoridade superior e a inferior deseja revogar o ato objeto de análise; de meros atos administrativos, porque os seus efeitos são previstos pela lei; de atos que integrem um procedimento, porque a prática do novo ato gera a preclusão do anterior; e, ainda, de atos que geram direitos adquiridos.

Para alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autotutela também é utilizada para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Assim, uma vez atuando por meio de medidas do Poder de Polícia, ela deve impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.

Por fim, o art. 21 da LINDB prevê que ao anular um ato o controlador deverá considerar as consequências. Observe:

> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)*
> *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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)*

12. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA

Está previsto no art. 12 da Lei 9.784/99, segundo Di Pietro.

> *Art. 12. 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.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

A Administração pode delegar sua competência a órgão hierárquico inferior ou a outro órgão ou entidade, mesmo sem relação hierárquica. Assim, a Lei previu a possibilidade de delegação dentro da relação hierárquica (poder hierárquico) e fora da relação hierárquica (não é poder hierárquico).

Avocar é chamar o exercício de uma competência fixada por lei para outro, nos termos do art. 15 da Lei 9.784/99. Exige relação hierárquica.

> *Lei n. 9.784/99, art. 15: Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.*

13. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

13.1. CONCEITO

O serviço público TEM de ser prestado de forma ininterrupta.

Para Celso Antônio Bandeira Mello: "*serviço público é obrigatório para o estado, é dever do estado, dessa obrigatoriedade vem justamente o princípio da continuidade, se ele tem esse dever, consequentemente ele deve fazê-lo de forma contínua. O princípio da continuidade decorre da obrigatoriedade da prestação*."

A Lei 9.887/99 afirma que serviço público adequado é aquele prestado de forma contínua.

13.2. CORTE DE SERVIÇO PÚBLICO

É possível cortar serviços essenciais?

1ªC: Posição MAJORITÁRIA: utiliza como fundamento o art. 6º, § 3º da lei 8987/95 (concessão e permissão).

> *§ 3º 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.*

"Não há descontinuidade do serviço público à sua interrupção em 3 situações:

a) Em caso de emergência (Independe de prévio aviso).

b) Quando se tratar de desobediência às normas técnicas que comprometam a segurança do serviço (Depende de prévio aviso)

c) Quando o usuário estiver inadimplente (Depende de prévio aviso).

2ªC: Corrente minoritária: corte não é possível em virtude do CDC (art. 22 e 42).

> *Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, CONTÍNUOS.*
> *Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*
>
> *Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*
> *Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.*

A corrente majoritária, afirma que se tiver que escolher, que seja o adimplente. Visto que se a prestadora prestar serviço ao usuário inadimplente ela não vai sobreviver, e se ela não sobreviver vai interromper o serviço e violará o princípio da continuidade. Ou seja, o corte ao INADIMPLENTE é manter o princípio da continuidade ao ADIMPLENTE. Em nome da supremacia do interesse público, em nome da continuidade. Então, É POSSÍVEL o corte. Um paga, o outro não paga, então são desiguais e sendo assim, merecem tratamento desigual. Consequentemente, a prestadora não poderá dar a mesma situação ao adimplente (o serviço) e ao inadimplente (o corte), se não for assim, violar-se-á o PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Usuário é deficiente, aparelhos o mantém vivo, se ele é inadimplente, poderá ainda ser interrompido o serviço? BEM MAIOR: VIDA. NÃO poderá cortar. EXCEÇÃO.

Município não paga energia, é possível cortar o serviço? SIM

Jurisprudência: ressalvas – logradouro público não pode cortar, falta de luz nas ruas, em nome da segurança deve-se deixar. Hospitais públicos também (proteção da vida).

Regra: é possível o corte.

Vejamos os principais entendimentos acerca do corte de serviço público proferido pelo STJ:

- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente o usuário, desde que precedido de notificação.
- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que precedido de notificação.
- É ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica quando puder afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário.
- 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 atinja as unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente unidade de saúde, uma vez que prevalecem os interesses de proteção à vida e à saúde.
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos, uma vez que a interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo.
- É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior, em razão da natureza pessoal da dívida
- 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
- 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
- O corte no fornecimento de energia elétrica somente pode recair sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outra unidade de consumo do usuário inadimplente
- É legítimo o corte no fornecimento de energia elétrica na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito

de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação

13.3. DIREITO DE GREVE AO SERVIDOR PÚBLICO

Sobre o direito de greve do servidor público, em razão da excelente didática, iremos utilizar as informações contidas no Informativo 845 (fonte site do Dizer o Direito).

O direto de greve do servidor público encontra-se previsto no art. 37, VII, da CF/88:

> *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:*
> *VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;*

Este inciso VII afirma que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Esta lei, até o presente momento, não foi editada. Mesmo sem haver lei, os servidores públicos podem fazer greve?

SIM. O STF decidiu que, mesmo sem ter sido ainda editada a lei de que trata o art. 37, VII, da CF/88, os servidores públicos podem fazer greve, devendo ser aplicadas as leis que regulamentam a greve para os trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.701/88 e Lei nº 7.783/89).

Assim, duas conclusões podem ser expostas:

- Mesmo não havendo ainda lei tratando sobre o tema, os servidores podem fazer greve e isso não é considerado um ato ilícito;
- Enquanto não há norma regulamentando este direito, aplicam-se aos servidores públicos as leis que regem o direito de greve dos trabalhadores celetistas.

São requisitos para a deflagração de uma greve no serviço público:

a) tentativa de negociação prévia, direta e pacífica;

b) frustração ou impossibilidade de negociação ou de se estabelecer uma agenda comum;

c) deflagração após decisão assemblear;

d) comunicação aos interessados, no caso, ao ente da Administração Pública a que a categoria se encontre vinculada e à população, com antecedência mínima de 72 horas (uma vez que todo serviço público é atividade essencial);

e) adesão ao movimento por meios pacíficos; e

f) a garantia de que continuarão sendo prestados os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade.

Caso os servidores públicos realizem greve, a Administração Pública deverá descontar da remuneração os dias em que eles ficaram sem trabalhar?

Regra: SIM. Em regra, a Administração Pública deve fazer o desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Exceção: não poderá ser feito o desconto se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Segundo o STF, embora a grave seja possível, porque é um direito constitucional, ela tem consequências. O desconto dos dias de paralisação é o ônus inerente à greve, assim como a paralisação parcial dos serviços públicos imposta à sociedade é consequência natural do movimento. Vale ressaltar que esse desconto dos dias parados não tem finalidade disciplinar punitiva. Trata-se de um "afastamento" não remunerado do servidor, na medida em que, embora autorizado pela Constituição Federal, esta não lhe garantiu o pagamento integral dos vencimentos. Assim, em razão da ausência de prestação específica do serviço por parte do grevista, os descontos devem ser realizados.

Em suma:

Importante!!!

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. É 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.

STF. Plenário. RE 693456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/10/2016 (repercussão geral) (Info 845).

Segundo Matheus Carvalho, pode-se considerar que o direito de greve do servidor público configura uma exceção ao princípio da continuidade, a despeito de ser exercido, respeitando os limites definidos em lei, de forma a evitar-se a paralisação total da atividade pública.

13.4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Regra da *exceptio non adimpleti contractus*, também denominada exceção do contrato não cumprido, em razão da qual não se admite que um contratante inadimplente exija o cumprimento da outra parte, ou seja, uma parte só poderá exigir o adimplemento da outra após a satisfação de sua prestação contratual. Essa regra é muito comum nos contratos regidos pelo direito privado, entretanto, nos contratos administrativos, a sua aplicação não é entendimento pacífico na doutrina.

Para a doutrina tradicional, não há aplicação da cláusula da *exceptio* nos contratos administrativos, tendo em vista a incidência da denominada cláusula exorbitante. Todavia, para a doutrina mais moderna, em que pese a incidência dessa cláusula, em razão do princípio da continuidade, não há dúvida quanto a sua aplicação diferenciada dos contratos privados, não tipificando, assim, uma cláusula exorbitante.

Para respaldar esse entendimento, pode-se utilizar a disposição do art. 78, inciso XIV e XV, da Lei na 8.666/93, que autoriza, ressalvadas as situações excepcionais elencadas como calamidade pública, grave perturbação da ordem ou guerra, o contratado a suspender a prestação de serviços e buscar a rescisão judicial do contrato, quando o atraso dos pagamentos devidos pela Administração for superior a 90 dias. Desse modo, fica fácil concluir que há aplicação diferenciada da cláusula da *exceptio*, a partir de um determinado prazo, conforme previsão legal.

> *Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
> *XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;*
> *XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;*

Para proteger a continuidade dos serviços públicos, encontra-se, ainda, o instituto da ocupação provisória dos bens da contratada, prevista como cláusula exorbitante dos contratos administrativos, no art. 58, inciso V, da Lei na 8.666/93, garantindo a prestação da atividade, enquanto tramita o processo administrativo para a extinção do contrato. Advindo a decisão pela rescisão do mesmo, o Poder Público poderá realizar a reversão dos bens essenciais ao serviço, com a devida indenização, se for o caso, observadas as regras contratuais (art. 39 da Lei na 8.987/95).

Por fim, podem-se também apontar, como instrumentos para a manutenção da continuidade do serviço público, os institutos da encampação e da caducidade, que autorizam a extinção unilateral do contrato por parte da Administração, sendo na primeira hipótese, por motivo de interesse público e, na segunda, por descumprimento de cláusula contratual por parte da contratada, admitindo-se, nas duas hipóteses, o fundamento da continuidade do serviço (arts. 37 e 38 da Lei na 8.987/95).

14. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONABILIDADE

14.1. NOÇÕES GERAIS

Encontra previsão no art. 2º, VI da Lei 9.784/99.

> *Art. 2º, 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;*

Tal princípio proíbe a atuação do administrador de forma despropositada ou tresloucada, quando, com a desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom-senso. Trata-se do princípio da proibição de excessos.

A doutrina brasileira reconhece que o princípio da proporcionalidade está embutido no princípio da razoabilidade. Não são sinônimos.

Proporcionalidade é adequação entre meios e fins – aspecto da razoabilidade, isto é, toda conduta razoável deve ser proporcional. A razoabilidade é algo maior. Traduz um comportamento dentro de um padrão de normalidade. A Administração deve cumprir a lei e todos os outros princípios do Direito Administrativo. Não é compatível atender a lei de modo desarrazoado ou desproporcional.

Razoabilidade: O administrador deve agir de forma lógica/congruente/coerente, bom senso, sensatez.

14.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO "DESDOBRAMENTO" DA RAZOABILIDADE

a) Equilíbrio;

b) Benefícios x prejuízos equilibrados. Sempre na tentativa de mais benefícios do que prejuízos;

c) Ponderação.

Administrador deve observar o equilíbrio entre os atos e medidas inerentes a ele.

Exemplo: dissolução de passeata que causa tumulto, na dissolução morreram 30 pessoas, essa medida é proporcional, existe equilíbrio? NÃO, desequilíbrio entre o ato praticado e a medida inerente a ele. Se a infração é leve, a sanção deve ser leve, se é passeata tumultuosa não precisa matar. Todo ato irá provocar uma medida da administração, porém essa medida deve ser proporcional ao ato praticado.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão **IMPLÍCITOS na CF** e **EXPRESSOS** na **LEI ORDINÁRIA** (lei 9784/99 – processo administrativo - art. 2º).

> *Lei 9784/99 LPAD Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,*

> *proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

"Prazo razoável" que consta na CF Art. 5º, LXXVIII, diz respeito ao princípio da celeridade e NÃO da razoabilidade.

> ***Art. 5º** LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a RAZOÁVEL duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

O ato administrativo pode ser revisto pelo poder judiciário. PJ pode rever QUALQUER ato administrativo no que tange à sua legalidade (sentido amplo, controle de lei e constituição + princípios constitucionais).

Ato administrativo pode ser revisto pelo judiciário no que diz respeito a controle de mérito? NÃO. PJ não pode rever o mérito. Discursiva: depende (ver adiante).

Mérito: liberdade, discricionariedade, juízo de valor do administrador. Se o PJ vai rever o juízo de valor do administrador ele estaria substituindo a liberdade do administrador. Isso significa a violação do princípio da separação dos poderes. Administração x Juiz. Não pode rever o mérito.

Vamos supor que um ente público precisa de investimento, tem crianças sem escola, gente morrendo por falta de infraestrutura e não tem hospital. O administrador então precisa de escola e de hospital. O administrador tem dinheiro apenas para um deles. Se ele decide fazer o hospital no lugar da escola. Este é o juízo de valor, o hospital é mais importante, liberdade de escolha do administrador, decisão razoável, judiciário não poderá rever o ato.

Entretanto, se o administrador só tem dinheiro para um deles, hospital e escola, mas ele decide construir uma PRAÇA, esta decisão é razoável? É proporcional? NÃO, viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade o PJ pode rever esta decisão? Isto seria controle de legalidade ou de mérito?

R: Estamos controlando princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, se estou controlando princípios constitucionais, estou fazendo o controle de legalidade em sentido amplo. ***Controle de legalidade.*** Este controle de legalidade **acaba atingindo o mérito indiretamente**, o administrador tem liberdade desde que seja razoável e/ou proporcional.

Embora a norma legal deixe espaço para a discricionariedade do administrador, este deve adequar os meios aos fins no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Sendo a decisão **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá confrontado os limites da discricionariedade, podendo, portanto, o Poder Judiciário corrigir tal ilegalidade.

Estes dois princípios em tela representam limitações à liberdade do administrador. A liberdade dele está vinculada ao que é razoável e/ou proporcional.

Fazer a leitura da ADPF 45, nela o STF faz esta análise, discute essa situação (**controle da discricionariedade executiva pelo judiciário – muito didático)**.

OBS.: As decisões que violarem a razoabilidade não serão inconvenientes, e sim, ilegais e ilegítimas, porque ofenderão a finalidade da lei, por ofenderem princípio constitucional implícito, admitindo correção, inclusive pelo Poder Judiciário, que realizará tão somente controle de legalidade. Essa é a dita legalidade em sentido amplo, o que permite a análise de compatibilidade com a lei e com as regras constitucionais. Nessa situação, apesar de se reconhecer que o controle judicial não pode atingir a conveniência e a oportunidade, a discricionariedade do administrador, deve-se admitir que o Poder Judiciário acabará interferindo no juízo de valor do administrador, no mérito do ato administrativo, limitando a sua liberdade (assim, não se admitem mais qualquer conveniência e oportunidade; essas devem ser razoáveis). Essa interferência só será possível quando existir violação à razoabilidade, ofendendo o texto constitucional e, consequentemente, o princípio da legalidade

Lembrar neste ponto que o princípio da proporcionalidade é tratado pelo direito alemão, sendo que o seu fundamento é retirado do ***Princípio do Estado de Direito***. No direito americano, fala-se em razoabilidade, lá, esta é extraída do ***Sistema de Direitos Fundamentais***. E temos, é claro, o entendimento do STF, no qual a máxima da proporcionalidade/razoabilidade é retirada do ***devido processo legal em sua dimensão substancial***.

15. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

De acordo com o art. 2º, VII da Lei 9.784/99, motivação é a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão.

> *Art. 2º VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão".*

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 lhes deram causa, a providência tomada, a sua compatibilidade com a previsão legal e, quando necessário, o juízo de valor, as razões de conveniência e oportunidade que justificaram a prática desses atos. Esse último fundamento está presente nos atos discricionários, sendo necessário para avaliar se a atuação do administrador está realmente compatível com o ordenamento vigente, especialmente os princípios constitucionais.

Em relação à obrigatoriedade de motivação há duas correntes:

1ªC: entende que não é obrigatório, a regra do art. 93 da CF aplica-se apenas às decisões judiciais. Além disso, a lei do processo administrativo determina que somente alguns atos sejam motivados. Minoritária.

2ªC: Majoritária. a motivação é obrigatória.68 O fundamento está no texto constitucional em vários dispositivos, iniciando-se no art. I a, no inciso II, quando estatui o direito à cidadania, considerando que o conhecimento das razões que levaram à prática do ato é condição para sua concretização, e no seu parágrafo único, o constituinte completa sua obrigatoriedade definindo que o poder emana do povo, portanto, nada mais justo que o titular desse poder conheça as razões que levam à prática dos atos, a qual irá atingir os seus interesses. O texto constitucional

também assegura, no art. 5 B, inciso XXXV, o direito à apreciação judicial, ditando que qualquer lesão ou ameaça de lesão podem ser levadas ao Poder Judiciário, controle esse que ficará prejudicado se não houver conhecimento dos fundamentos que respaldaram a prática do ato, sendo a motivação, mais uma vez, um elemento indispensável. O dever de motivar, de justificar é também desdobramento da garantia de informação expressa no art. 59, inciso XXXIII, da CF.

Ressalta-se que o art. 50 da Lei 9.784/99 traz um rol de atos que devem, obrigatoriamente, serem motivados.

> *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.*
> *§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.*

16. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ

Este princípio é considerado viga mestra da ordem jurídica, sendo um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito.

Com a teoria da ponderação dos interesses reconhecendo que não há no ordenamento jurídico nenhum princípio absoluto e que todos devem ser considerados conforme a importância dos interesses a serem protegidos, o princípio da segurança jurídica vem prevalecendo em inúmeras situações, especialmente no que tange à revisão de atos administrativos ilegais.

Assim, ocorrendo um ato ilegal, em razão do princípio da legalidade, a consequência natural é a sua retirada por meio de anulação, entretanto, quando tal conduta comprometer o princípio da segurança jurídica ou qualquer outro princípio do ordenamento, causando a retirada mais prejuízos que sua manutenção, o ato deve ser mantido, ainda que ilegal, estabilizando com isso os seus efeitos.

16.1. EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

16.1.1. Efeito Positivo

Impõe comportamentos administrativos, ou seja, obrigações de fazer.

Exemplo: candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação.

16.1.2. Efeito Negativo

Limita o poder de autotutela da administração, ou seja, impõe obrigações de não fazer.

Exemplos: prazos e direito adquirido.

16.2. LIMITES AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

16.2.1. Má-fé

Exemplo: o servidor não é obrigado a devolver pagamentos recebidos indevidamente, ressalvada e comprovada a má-fé.

16.2.2. Meras expectativas

Exemplo: candidato aprovado em concurso fora do número de vagas não tem direito à nomeação, mas sim expectativa de direito. O direito não protege expectativas.

O Princípio da Boa-Fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios no Direito Administrativo (*venire contra factum propium* – o direito proíbe condutas contraditórias).

Observe como o tema foi cobrado:

(MP-MG) Discorra sobre o princípio da proteção à confiança no âmbito do Direito Administrativo. Cite exemplos de aplicabilidade desse princípio. ESPELHO: “Embora esse princípio não esteja previsto na Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência assentam que ele se constitui em desdobramento do princípio da segurança jurídica. Pode-se afirmar que esse princípio está ligado ao próprio Estado de Direito e diz respeito à preservação de direitos e expectativas de particulares que presumem a licitude, correção e lealdade dos atos praticados pela Administração Pública. Muitos confundem esse princípio com o da boa-fé, porém o da proteção à confiança ou da confiança legítima busca a tutelar a confiança que o administrado deposita nos atos praticados pela Administração Pública ao passo que o da boa-fé deve pautar o agir tanto da Administração quanto do administrado. Como exemplos da proteção a que fazem jus os administrados, podem ser mencionados: a) A manutenção de direitos gerados em virtude da expectativa criada por medidas adotadas pela Administração; b) A manutenção de atos administrativos praticados por funcionários de fato; c) A proteção dos particulares contra mudanças bruscas de entendimento da Administração Pública, caso em que se aventa a necessidade de regime de transição em face da alteração de orientação.

17. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É previsto no Art. 5º inc. LV da CF.

> *Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou ADMINISTRATIVO, e aos acusados em geral são assegurados o CONTRADITÓRIO e AMPLA DEFESA, com os meios e recursos a ela inerentes;*

É novidade da CF/88. O princípio do devido processo legal é referência como regra constitucional desde a Constituição de 1824, mas a novidade da Constituição Federal de 1988 foi estendê-lo ao processo administrativo. Trata-se de um superprincípio, norteador de todo ordenamento jurídico e que se desdobra em vários subprincípios como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

É fundamento para muitas nulidades na administração pública.

Contraditório significa ciência da existência do processo. Contraditório constitui a bilateralidade da relação jurídica processual. Quando se chama a parte para o processo está formando-se a relação processual.

Ampla defesa significa a parte ter a oportunidade de defesa (– ampla defesa qualifica o contraditório – contraditório formal x contraditório substancial. Oportunidade de participação x poder de influência) lhe é dado o direito de fazê-lo, se ela vai fazer ou não é problema dela, ela precisa ter a oportunidade.

Para que ela aconteça precisamos observar algumas exigências, algumas condições:

17.1. EXIGÊNCIAS PARA QUE A AMPLA DEFESA ACONTEÇA

Defesa prévia: a parte precisa ter a oportunidade de se defender antes da condenação final, da aplicação da sanção. Para que a defesa prévia seja efetiva, o que a parte precisará saber?

Penas devem estar pré-determinadas e o procedimento pré-estabelecido (fundamental para a defesa da parte, ela deve conhecer a sanção e o procedimento).

17.2. GARANTIA DE INFORMAÇÃO

STJ diz que cópia do processo não é direito, a administração viabiliza a reprodução, mas não é direito da parte a cópia, a parte deve pagar pela cópia.

17.3. PRODUÇÃO DE PROVAS

Prova para cumprir formalidades não serve. Deve ser prova produzida e analisada, deve participar da análise pelo julgador. (Direito de influir!!)

Também é vedada a prova ilícita.

17.4. DEFESA TÉCNICA

Lei 8.112/90 – Presença do advogado ***facultativa.***

STJ: presença do advogado no processo contribui na regularidade do processo, lembrando que o servidor público não precisa ter formação jurídica. O STJ começa a reconhecer a importância, edita a ~~súmula 343, ela diz: "***a presença do advogado é obrigatória*** em todas as fases do processo administrativo disciplinar".~~

*Administradores que foram demitidos nos últimos 5 anos sem advogado? Decisão é nula, ocorre a ***reintegração*** = o servidor retorna com o recebimento de todas as vantagens do período afastado.

> *STF: SV 5 – "A falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a constituição."*

Conclusão: retrocesso jurídico. Presença do advogado hoje é facultativa, ninguém mais pode decidir em contrário.

17.5. DIREITO DE RECURSO

Deve ter para aplicar efetivamente o princípio da ampla defesa. Três observações importantes:

1ª Observação: Recurso administrativo é cabível independentemente de previsão de ***recurso típico***, mesmo que para aquele caso concreto não seja previsto recurso específico, deve ser assegurada a ampla defesa.

Motivação: Para se recorrer preciso saber a **motivação**. É importante saber quais as razões que levaram àquela decisão.

2ª Observação: STF e STJ. A exigência de depósito para o exercício do recurso viola o contraditório e a **ampla defesa (especialmente).**

Fundamento do STF: se a parte não tem dinheiro para pagar o valor, a parte não poderá interpor recurso, ou seja, seria definido pelo critério econômico o que é brutalmente inconstitucional.

> *STF - SV Nº 21 - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

3ª Observação: Súmula vinculante número 3 (STF):

Sempre que o processo vai atingir o direito de alguém, a parte deve ter o direito de ampla defesa.

> *STF SV 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.

Exemplo: Empresa tem contrato com Estado. Tribunal de Contas investiga e discute com Estado, resolvendo extinguir tal contrato. Nesse caso, a empresa vai ser atingida pela extinção do contrato, ela precisa ter direito ao contraditório e ampla defesa.

Se nos processos que tramitam no TCU puder resultar a anulação ou a revogação de ato que beneficie a terceiro, este deverá ter direito de contraditório e ampla defesa.

Quando o TCU vai rever o ato ele vai rever um direito de aposentadoria que não está concreto e acabado. Ele o faz como controle de um ato em formação, na sua trajetória.

Temos duas situações na Súmula Vinculante 3:

1º São aqueles atos que chegam no TCU para serem controlados, para serem submetidos a controle. Quando o TCU atua nesse controle vai ou pode cominar em uma anulação ou revogação e se essa anulação ou revogação atingir alguém, esse alguém será chamado, deverá ser dada oportunidade do direito de defesa.

2º Ato inicial de aposentadoria, depende de duas vontades: administrador e do TCU, aí o TCU participa da formação do ato, da formação do direito, se o TCU não concordar, a parte não terá direito a contraditório e ampla defesa, visto que o ato não tinha sido formado ainda, ele retornará e a parte reformará o ato.

OBS: o indivíduo TEM contraditório e ampla defesa perante a administração, todavia, no TCU, no caso acima, ele não terá o contraditório e ampla defesa.

Isso porque no primeiro caso o TCU revê um ato já acabado e concluído. Na segunda situação, o TCU está **dentro** da tomada de decisão, para que o ato seja concluído e aperfeiçoado o TCU terá de participar, então ele está dentro do ato e não revendo um ato pronto.

18. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE/LEGALIDADE/VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Decorre da Supremacia do Interesse Público.

É uma presunção relativa (*iuris tantum*), pois admite prova em contrário, pode ser contestada, pode ser afastada. Neste caso, o ônus da prova cabe a quem alega (normalmente o administrado, o particular).

Consequência prática: aplicação imediata do ato, independentemente de discussão posterior o resultado prático desta presunção tem justamente a aplicação imediata. **Auto executoriedade.**

19. PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO

Atualmente, fala-se me uma Administração Pública consensual e participativa, a fim de reforçar a legitimidade democrática.

Citam-se, como exemplo:

- A Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU;
- Mecanismos de participação popular (consultas e audiências públicas) e de consenso (contratos, convênios, TAC);
- Acordos terminativos de processos administrativos;
- Termo do compromisso de cessação de prática;
- Acordos de leniência.

A LINDB, após as alterações promovidas pela Lei 13.655/18, caminhou nesse sentido. Observe:

> *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 O compromisso referido no **caput** deste artigo:*
> *I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;*
> *II – (VETADO);*
> *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.*

PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

1. CONCEITO

São **prerrogativas** que a ordem jurídica reconhece à Administração Pública para que possua **instrumentos,** tendo em vista a concretização do interesse público e a prevenção do bem comum.

Poderes do Estado = elementos orgânicos, organizacionais, elementos estruturais do estado, PE/PL/PJ.

Poderes da Administração = prerrogativas de instrumentos, poder regulamentar, de polícia, hierárquico e disciplinar.

JSCF: Tendo em vista serem os agentes o elemento físico e volitivo através do qual atua o Estado no mundo jurídico, o ordenamento jurídico há de conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares a sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas indispensáveis à consecução dos fins públicos. Constituem-nas os poderes administrativos.

2. FUNDAMENTO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular justifica os poderes conferidos à Administração, bem como a relação de verticalidade entre ela e o particular.

Novamente, lembrar a diferença entre interesse público primário (bem comum) e o interesse público secundário (Estado como pessoa jurídica).

OBS.: o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica é legítimo, sendo vedado atuar exclusivamente na defesa do seu interesse (interesse secundário dissociado do interesse primário). Ex.: o ato administrativo multa, é ato administrativo cuja finalidade é punir e educar. A multa não tem finalidade arrecadatória, pois o ato com finalidade arrecadatória é o tributo.

3. CARACTERÍSTICAS

As características são as seguintes:

a) Exercício obrigatório;

b) Irrenunciável;

c) Exercício nos limites da lei.

Vejamos:

3.1. EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO

"Poder-dever".

Segundo CABM, o certo deveria ser DEVER-PODER, porque o dever é mais importante.

Para JSCF os poderes administrativos impõem seu exercício e vedam a inércia, porque o reflexo atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes.

Omissão ilegal: a inércia do administrador, na medida em que a lei lhe incumbe uma conduta comissiva, será considerada ilegal**,** assim, ele tem **obrigação de atuar.** Nesses casos, surge para o administrado o direito subjetivo de exigir do administrador omisso a conduta comissiva, seja pela via administrativa (direito de petição) quer na via judicial (MS ou ação condenatória de obrigação de fazer). Por fim, havendo violação de SV é possível utilizar reclamação**.**

Mas isso só ocorre nas chamadas omissões ESPECÍFICAS – imposição legal no sentido do ***facere*** administrativo em prazo determinado, ou quando sem prazo, viola a razoabilidade.

Nas omissões GENÉRICAS caberá ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas, podendo alegar ainda, em sua defesa a reserva do possível.

3.2. IRRENUNCIÁVEL

O administrador não pode abrir mão. Representa uma obrigação, ENCARGO.

O administrador exerce uma função pública, em nome e interesse do povo, sendo assim não pode renunciar, só pode abrir mão daquilo que lhe pertence.

Trata-se do já visto Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

A renúncia comprometeria a nova administração, não pode criar entraves para a futura administração.

3.3. EXERCÍCIO NOS LIMITES DA LEI

O administrador de hoje não pode criar obstáculos para o administrador de amanhã, sendo assim ele **deve exercer o seu poder nos limites da LEI.**

a) Competência;

b) Binômio: NECESSIDADE + ADEQUAÇÃO → PROPORCIONALIDADE

Se o administrador ultrapassa esses limites, ele pode ser responsabilizado pelo excesso? SIM. Cabe responsabilização, tanto pela ação quanto pela omissão.

4. <u>USO E ABUSO DE PODER</u>

A ordem jurídica impõe à Administração o dever de garantir o bem comum. Para isso, reconhece à Administração poderes e prerrogativas, que deve usar seus poderes e suas prerrogativas de acordo com a lei e o Direito (princípio da legalidade).

O parágrafo único do art. 78 do CTN estabelece o que se entende por exercício regalar do poder administrativo (fala em poder de polícia, mas serve para todos os poderes)

> *CTN, art. 78, parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".*

Quando o administrador não age de forma regular comete abuso de poder, que possui duas espécies: excesso de poder e desvio de finalidade.

(MPE-SC – 2013) O abuso de poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado. O excesso de poder, como forma de abuso de poder, torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. O desvio de finalidade ou de poder, tal como definido na Ação Popular, apresenta-se como causa de nulidade dos atos da Administração.

4.1. EXCESSO DE PODER

Ocorre quando a autoridade pratica um ato exorbitando suas atribuições legais. Ou seja, ultrapassa as competências definidas em lei.

Por exemplo, a Lei n. 8.112/90 define a competência para a aplicação de penalidades. Após regular procedimento administrativo, o Chefe do órgão aplica ao servidor penalidade de demissão, tal ato é ilegal, porque foi praticado por alguém sem atribuição. O Chefe possui competência para advertir ou suspender até trinta dias. Portanto, atuou fora de suas atribuições - vício de competência.

Outro exemplo, é o caso do delegado que possui competência para realizar a prisão, mas, visando uma confissão, tortura o preso. Houve excesso de poder.

(CESPE – DPE-AC – 2012) O agente público que, ao editar um ato administrativo, extrapole os limites de sua competência incorrerá em excesso de poder

A Lei de Ação Popular afirma que quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que a praticou estará caracterizada a incompetência.

4.2. DESVIO DE FINALIDADE ("DESVIO DE PODER")

Podemos extrair do art. 2º, parágrafo único, alinha e, da Lei de Ação Popular, o conceito de desvio de poder, *in verbis:*

Art. 2º, parágrafo único, e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

JSCF: A finalidade está ligada a legalidade, e é sempre voltada ao interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima.

CABM: A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando, destarte, seu malicioso desígnio. Pratica o ato não por interesse público, mas por interesse privado.

Segundo a Prof. Fernanda Marinella, é um vício ideológico, vício subjetivo, defeito na vontade.

OBS.: Com base na presunção de legitimidade dos atos da administração, o ato administrativo, mesmo ilegal, produz todos os efeitos como se válido fosse até a presunção ser afastada. É preciso provar que o ato foi praticado com excesso ou desvio.

Exemplo: a ex-Presidente Dilma foi acusada de ter praticado ato com desvio de finalidade quando nomeou o ex-presidente Lula para Ministro da Casa Civil. O ato administrativo de nomeação tem como finalidade (descrita na lei) o preenchimento de um cargo público. Assim, caberia a acusação provar que a utilização da nomeação era para blindar alguém de uma investigação em primeira instância, dar ao ato outra finalidade que não a finalidade da lei. Não basta alegar.

Ressalta-se que o elemento “finalidade” possui dois sentidos:

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: objetivo descrito pela lei.

Exemplos:

Demissão

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: punir o servidor que cometeu falta grave.

Tombamento

- Sentido Amplo: interesse público.
- Sentido Estrito: conservar o patrimônio.

Ainda, pode ocorrer Desvio de Finalidade no interesse público ou no objetivo que a lei descreve.

Assim, a construção de um aeroporto por um governador em uma propriedade de sua família atende à finalidade em sentido estrito (utilidade pública), mas atente contra a finalidade em sentido amplo (interesse público).

A lei descreveu a remoção ex officio para atender a necessidade do serviço público. A autoridade usa a remoção ex officio para punir um servidor que cometeu falta grave – houve Desvio de Finalidade em Sentido Estrito.

(FUNDEP – MPE-MG – 2017) Sobre desvio de poder:

- O desvio de poder é vício objetivo que se refere ao descompasso entre a finalidade a que o ato serviu e a finalidade legal que por meio dele poderia ser servida.

- O desvio de poder é vício por omissão nas hipóteses em que a abstenção do ato é contrária ao que deveria ser feito, afinal "não agir é também agir".

- O desvio de poder desnatura a finalidade da competência no exercício de atos impróprios à providência adotada.

(PC-TO – 2014) O Delegado que é chefe de determinada Delegacia Regional de Polícia, por desavença pessoal com determinado Agente de Polícia, determina sua remoção para outra unidade e imediatamente convoca outro policial da sua preferência. O ato administrativo de remoção é: nulo, por desvio de finalidade.

4.3. EFEITOS DO ABUSO DE PODER

Agindo com abuso de poder, por qualquer de suas formas, o agente submete sua conduta à revisão, judicial ou administrativa. A invalidação da conduta abusiva pode dar-se na própria esfera administrativa (autotutela) ou através de ação judicial – inclusive por **MS** e **ação popular**.

5. ESPÉCIES DE PODERES

As espécies de poderes são as seguintes:

a) Poder Vinculado e Poder Discricionário (grau de liberdade);

b) Poder Hierárquico;

c) Poder Regulamentar;

d) Poder de Polícia.

Vejamos:

5.1. PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO (GRAU DE LIBERDADE)

5.1.1. Considerações

Doutrina moderna critica essa divisão, na verdade não é o poder que é vinculado/discricionário e sim o ato administrativo no exercício desse poder. Não teremos um poder completamente vinculado/discricionário, pois o mesmo poder ora pode ser vinculado ora discricionário, há a mistura, em um momento um, e em outro momento outro. (CABM).

Divisão encontrada em algumas instituições apenas, vem sendo deixado de lado por outros, graças a essa nova visão da doutrina. Mas é importante, para entender o resto do conteúdo o qual se divide em vinculado/discricionário.

5.1.2. Poder Vinculado

Aquele em que o administrador não tem liberdade, não tem juízo de valor, não tem conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais o administrador é obrigado a praticar o ato. Ele não tem flexibilidade.

Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta.

Exemplo1: servidor tem 60 anos de idade, 35 de contribuição e é servidor público, preenchidos os requisitos o administrador é OBRIGADO a conceder a aposentadoria.

Exemplo2: **licença** para construir, preenchidos os requisitos, o administrador é obrigado a conceder.

Exemplo3: Licença para dirigir (18 anos, aprovado nos exames, DEVE conceder)

5.1.3. Poder Discricionário

Administrador tem liberdade, juízo de valor, significa CONVENIÊNCIA e OPORTUNIDADE. Opções de escolha. Porém, **liberdade nos limites da lei**. Deve escolher as alternativas que a lei apresenta.

Exemplo: Restaurante. Dono quer por mesinhas na calçada, pede ao poder público uma permissão de uso da calçada, o administrador avalia e constata: rua calma, tranquila, concede a permissão; rua perigosa, carros próximos, não concede**. Permissão de uso de bem público** depende da conveniência e oportunidade, que são avaliadas pelo administrador.

5.1.4. JSCF: conceitos indeterminados ≠ discricionariedade

A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como nos conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentro de várias condutas lícitas e possíveis. Conceito jurídico indeterminado é previsão (antecedente), discricionariedade consequente.

5.1.5. Controle Judicial

Em relação ao poder vinculado, é fácil perceber que o controle de legalidade, a cargo do judiciário, terá muito mais efetividade. Quanto ao poder discricionário, pode ele sofrer controle judicial em relação a todos **elementos vinculados**, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar (competência, forma, finalidade).

O controle alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, porém não poderá examinar a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador.

5.2. PODER DISCIPLINAR (PD)

5.2.1. Conceito

É o poder da Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades em relação àqueles sujeitos à disciplina interna da Administração, servidores ou não. O poder disciplinar não alcança a coletividade como um todo, mas um grupo restrito de indivíduos, aqueles que mantêm com a Administração um vínculo/relação jurídica especial de sujeição/subordinação.

Ressalta-se que o critério não é ser servidor público, mas estar sujeito à autoridade administrativa, a exemplo de um aluno em uma universidade federal.

PODER DISCIPLINAR	PODER DE POLÍCIA
Fundamenta-se na relação específica que um grupo de pessoas mantém com a Administração	Baseia-se na autoridade geral do Estado, por isso alcança a coletividade como um todo.

OBS.: segundo José dos Santos Carvalho Filho, não existe poder disciplinar. Existe disciplina, a qual decorre de um fato administrativo.

5.2.2. Característica

A principal característica do poder disciplinar é a discricionariedade.

Como visto, PD é o poder da administração para apurar infrações, bem como aplicar penalidades, em face dos sujeitos à disciplina interna da Administração. Assim, destaca-se:

- Em relação à apuração de infrações, a Administração possui a obrigação de investigar, sendo um poder-dever. Assim, trata-se de ato vinculado.
- Em relação à aplicação de penalidades, quando a lei fixar apenas uma sanção o PD será vinculado; quando a lei fixar mais de uma sanção, o PD será discricionário, permitindo ao administrador o juízo de conveniência e oportunidade.

5.2.3. Meios de exercício do Poder Disciplinar em face de SERVIDORES PÚBLICOS

Lembre-se o PD alcança também não servidores. Aqui, trataremos do modo que é exercício quando se refere a servidores públicos.

1) *Sindicância Inquisitória e Sindicância Contraditória*

A sindicância inquisitória é aquela que visa investigar, não aplica sanções, por isso não precisa de contraditório e ampla defesa. Como exemplo, cita-se a sindicância patrimonial realizada pelo Ministério da Transparência. Constatando-se o enriquecimento ilícito, a sindicância será arquivada e será aberto procedimento próprio.

A sindicância contraditória é aquela que visa a punição do servidor público (antes da punição, há investigação) com sanção leve (art. 145 da Lei 8.112). Aqui, será necessária a observância do contraditório, da ampla defesa, efetivando-se todos os meios de defesa.

> *Art. 145. Da sindicância poderá resultar:*
> *I - Arquivamento do processo;*
> *II - Aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;*
> *III - instauração de processo disciplinar.*
> *Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

Salienta-se que sindicância não se relaciona com o PAD, são procedimentos independentes.

2) *Processo Administrativo Disciplinar (PAD)*

Possui previsão no art. 146 da Lei 8.112/90, *in verbis:*

> *Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.*

O PAD visa punir falta de natureza grave, tendo em vista que a conduta do servidor poderá resultar na suspensão por mais de 30 dias, na demissão, na cassação de aposentadoria, na disponibilidade ou, ainda, na destituição de cargo em comissão.

3) *Verdade Sabida*

Ocorre quando a autoridade competente para punir toma conhecimento direito e imediato do fato, aplicando desde já a penalidade.

Em regra, o PAD deve seguir certas etapas, vejamos:

1º - Autoridade competente, por meio de portaria (em regra), irá iniciar o procedimento;

2º - Designação da comissão, formada por três servidores (em regra), com a finalidade de apurar os fatos. Garante-se direito de defesa;

3º - Elaboração de relatório conclusivo;

4º - Envio do relatório à autoridade competente;

5º - Aplicação da sanção.

Na verdade sabida, a autoridade competente para punir, toma conhecimento direto e imediato do ocorrido aplica a sanção. Não há instauração de PAD, há supressão do contraditório, da ampla defesa e do devido processo penal.

Não se admite a verdade sabida no ordenamento jurídico brasileiro, as leis que trazem tal possibilidade não foram recepcionas pela CF/88, já que a CF aplica contraditório e ampla defesa aos processos administrativos.

5.2.4. Súmulas 343 STJ X SV 5 STF

Súmula 343 STJ – é obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Esta súmula possuía como lógica o seguinte: sem advogado não há defesa técnica; sem defesa técnica, não há ampla defesa. Portanto, a presença do advogado seria obrigatória.

O STF editou a SV afirmando que a falta de defesa técnica por advogado, por si só, em processo disciplinar, não ofende a CF.

Embora não aplique mais a Súmula 343, o STJ não a cancelou.

5.2.5. Jurisprudência

Destacaremos, a seguir, algumas decisões do STJ sobre o Poder Disciplinar, de suma importância para provas de concursos públicos. Vejamos:

- É possível a instauração de PAD com base em denúncia anônima;
- Instaurado o competente PAD fica superado o exame de eventuais irregularidades ocorridas durante a sindicância, pois são procedimentos independentes.
- O excesso de prazo para a conclusão de PAD não conduz sua nulidade automática, devendo para tanto ser demostrado o prejuízo para a defesa.
- A autoridade administrativa pode aplicar a pena de demissão quando em PAD é apurada a prática de improbidade administrativa por servidor público, tendo em vista a independência das instancias civil, penal e administrativa.
- A decretação de nulidade no PAD depende do efetivo prejuízo para as partes, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

- O termo inicial em PAD começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido pela Administração.
- O prazo da prescrição no âmbito administrativo disciplinar, quando houver sentença condenatória, deve ser computado com base na pena em concreto na esfera penal.
- É possível haver discrepância entre a penalidade sugerida pela comissão disciplinar e a aplicada pela autoridade julgadora, desde que a conclusão lançada no relatório final não guarde sintonia com as provas dos autos e a sanção imposta esteja devidamente motivada.
- Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime e enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado, a prescrição do poder disciplinar, reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal cominado em abstrato.
- A portaria de instauração do PAD prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente com o indiciamento do servidor.
- No PAD a alteração da capitulação legal imputada ao acusado não enseja nulidade, uma vez que o indiciado se defende dos fatos nele descrito e não dos enquadramentos legais.
- O PAD deve ser conduzido por comissão composta de servidores estáveis no atual cargo que ocupam e não apenas no serviço público.
- Da revisão do PAD não pode resultar agravamento da pena imposta.

5.3. PODER HIERÁRQUICO (*"DO HIERARCA" - CABM*)

5.3.1. Conceito e características

É o poder da Administração Pública para distribuir e escalonar as funções dos seus órgãos, ordenar e rever os atos dos seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal (Hely Lopes Meireles).

Em suma, é poder da administração para ordenar a atividade administrativa.

Observação1: Maria Sylvia Di Pietro prefere denominar o poder hierárquico de "poderes decorrentes da hierarquia".

Observação2: José dos Santos Carvalho Filho prefere falar em hierarquia, a qual é um fato administrativo e não um poder.

Observação3: a hierarquia é própria da atividade administrativa e, portanto, ela existe no âmbito dos três poderes quando do exercício da atividade administrativa.

Em razão da hierarquia nasce o "um dar ordens" + "outro obedecer a ordens" = **subordinação**. O estado pode dar ordens e consequentemente fica constituída a relação de subordinação. Se há hierarquia, há a possibilidade de **fiscalização** e **controle** do subordinado, já que o mesmo deve obedecer à ordem.

Seja provocado ou de ofício, há a possibilidade de **revisão dos atos** praticados pelos subordinados. O chefe pode rever os atos, se ilegais ou inconvenientes.

Pode-se delegar o poder ao subordinado? SIM. Pode avocar a função delegada? SIM, excepcionalmente. **Delegação** e **avocação** de função = exercício de poder hierárquico.

A hierarquia dá ao chefe a possibilidade de **instaurar processo**, de **investigar** a infração e de **aplicar a sanção** ao subordinado por infração funcional. Portanto, pode-se afirmar que o **Poder disciplinar** é DECORRENTE do poder hierárquico, é consequência.

5.3.2. Subordinação # Vinculação

A primeira tem ***caráter interno***, se estabelecendo entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa, decorrência da hierarquia, a segunda tem ***caráter externo*** e resulta do controle que as pessoas federativas exercem sobre as pessoas da administração indireta (as PJ da administração indireta não são *subordinadas* às pessoas federativas).

5.3.3. Poderes decorrentes da hierarquia

1) Editar atos normativos de efeitos apenas internos

Não se confunde com o Poder Regulamentar, o qual editas atos normativos com efeitos externos, para além da administração.

A hierarquia e os poderes hierárquicos constituem uma realidade interna. Ou seja, só existem no interior de uma mesma pessoa. Portanto, não há hierarquia entre pessoas diferentes.

Como visto inicialmente, no DA pessoa é pessoa jurídica. Assim, por exemplo, a União é uma pessoa, a Autarquia é outra pessoa, não há hierarquia entre União e Autarquia (nem qualquer PJ da administração indireta). Há controle, supervisão, mas nunca hierarquia.

Edita-se uma norma para o funcionamento interno do órgão, trata-se de um ato normativo de efeitos abstratos internos, pois irá atingir apenas o órgão/ministério/secretária. Cita-se, como exemplo, a edição de portaria determinando que o ponto seja escrito e não mais eletrônico.

OBS.: a hierarquia e os poderes hierárquicos, como visto, constituem uma realidade interna. Contudo, há órgãos, mesmo dentro desta realidade, não de submetem ao Poder Hierárquico. É o que ocorre com os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, todos estão dentro do Estado, mas não há entre eles uma relação de hierárquica, são independentes.

Ressalta-se que há casos, em razão das atribuições institucionais, o membro não estará sujeito ao poder hierárquico. Por exemplo, Promotor ou Defensor Público no desempenho de suas

funções possuem independência. Contudo, nos temas fora de suas atribuições institucionais, estarão sujeitos (como no caso do ponto).

2) Dar ordens

Ao poder de comando, há o dever de obediência, salvo em se tratando de ordem manifestamente ilegal.

3) Fiscalizar

Quem comanda fiscaliza.

4) Controlar e exercer a autotutela

Quem comanda pode controlar, bem como rever os seus atos seja anulando os atos ilegais ou revogando certos atos por conveniência (exercício da autotutela).

OBS.: a autotutela é poder de revisão, podendo ser feita dentro do Poder Hierárquico, quando feita pelo superior hierárquico de ofício ou por meio de recurso hierárquico. Quando há autotutela for exercida pela mesma autoridade que tomou a decisão, não se tratará de poder hierárquico. Assim, conclui-se que a autotutela existe dentro e fora da relação hierárquica.

5) Aplicação de sanções disciplinares

Para Di Pietro, aplicar penalidade decorre de poder hierárquico, pois só o superior pune e investiga o subordinado. Por isso, afirma-se que o poder disciplinar decorre da hierarquia.

6) Delegar e avocar competências

Tanto a delegação quanto a avocação, disciplinadas pelos arts. 12 e 15 da Lei 9.784/99, são decorrências do poder hierárquico.

Delegar é transferir para outro o exercício da competência, só poderá ser parcial. Salvo se houver impedimento legal, sempre será possível delegar a competência, ainda que o órgão não seja hierarquicamente subordinado. Com isso, conclui-se que a delegação poderá decorrer do poder hierárquico (subordinação – será obrigatório o exercício da competência), bem como poderá ocorrer fora do poder (não há obrigatoriedade no exercício – dependerá de acordo de vontades).

> *Art. 12. 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.*
> *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

O art. 13 da Lei 9.784/99 determina os casos em que há impedimento ilegal, consequentemente, não será possível a delegação da competência. Salienta-se que houver a delegação de um destes atos, o ato será ilegal.

> *Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:*
> *I - A edição de atos de caráter normativo;*
> *II - A decisão de recursos administrativos;*
> *III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*

Avocar é chamar a competência para si, sempre decorrerá do Poder Hierárquico.

> *Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.*

5.4. PODER REGULAMENTAR ("NORMATIVO")

5.4.1. Introdução

DiPietro: Este nome está ligado a regulamento, tem cara de ser só regulamento. Porém, não é só regulamento. DiPietro critica a nomenclatura, utilizando o nome ***poder normativo.***

"Fiel execução da lei".

Função normativa do administrador: vai normatizar, disciplinar, regulamentar, para complementar a previsão legal, buscando sua fiel execução.

> *Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *[...]*
> *IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*

Vale lembrar que, pelo princípio da simetria, o mesmo poder é conferido aos demais chefes do poder executivo.

Exemplo: lei do PREGÃO, 10.520/02 generaliza o pregão para todos os entes da administração. Para que ele serve como modalidade de licitação? Serve para aquisição de bens e serviços comuns. O que seria bens/serviços comuns? Lei: é aquele que pode ser definido no edital como expressão usual de mercado...lei não diz. Para aplicar a lei de forma fiel, de forma correta, precisamos complementá-la. **"Lista de bens e serviços comuns":** não teríamos como esgotar a lista, mas estaríamos complementando a previsão legal, buscando sua fiel execução. No âmbito federal, o decreto 3555 faz este papel no exemplo em tela.

Exemplo2: CP – imaginando, tráfico ilícito de entorpecentes...comercializar substâncias entorpecentes. Lista enumerando substâncias entorpecentes, se o sujeito vender uma da lista, executará o tipo penal (**norma penal em branco**).

Não se pode esquecer que existem atos regulamentares que representam o exercício do poder regulamentar, mas que não são produzidos pelo chefe do executivo, como é o caso de instruções normativas e portarias, por exemplo.

Exemplos de atos de exercício do poder regulamentar:

a) Regulamentos (+ cai em concursos);

b) Resoluções;

c) Regimentos;

d) Portarias;

e) Instruções Normativas;

f) Deliberações.

Vejamos os regulamentos:

5.4.2. Regulamento

1) Conceito

Exemplo: administração irá definir uma lista de regras sanitárias, quando a administração faz a publicação dessas regras essa lista precisa ter um formato, uma moldura, este formato é chamado de DECRETO. No conteúdo regulamentará, mas na forma é um decreto.

Nem todo decreto é um regulamento ou normatização, ele pode ser só decreto e não ser regulamento (exemplo: nomeação).

Falar só "regulamento"? CABM faz isto. Marinella não vê problema, mas o mais seguro é utilizar os dois: "**decreto-regulamentar**".

Então a palavra decreto não está ligada ao "recheio" do ato e sim a sua forma. **Decreto = FORMA, regulamento = CONTEÚDO.** Cuidado, alguns decretos não têm conteúdo regulamentar.

2) Lei x Decreto Regulamentar

- Quem faz:

Lei é a Casa Legislativa (representatividade).

Decreto é chefe do executivo (sem representatividade).

-Como faz (procedimento):

Lei é processo legislativo rigoroso;

Decreto é feito pelo Chefe do executivo, como ele quiser.

Conclui-se: Não poderia um decreto regulamentar tratar de matérias de competência legal, dada a segurança da lei e falta de segurança do decreto.

Para nosso ordenamento é muito mais seguro lei, do que decreto-regulamentar. Temos como base essas diferenças: **representatividade e procedimento**. Vejamos:

→**CF – LEI**. CF prevê regra que trate da greve dos servidores ou licitação ou improbidade... Para regulamentar esta previsão, do que iremos precisar? Lei. Saímos da CF e iremos detalhar na LEI (complementar, ordinária...depende da regra). Se lei não diz tudo, se precisarmos detalhar a lei, aí sim precisaremos de um **regulamento**.

→**CF – LEI – REGULAMENTO** (regra, porém com exceções: medida provisória...)

Este regulamento vem para complementar a lei, para executar a lei, este é chamado de **regulamento executivo.**

3) Tipos de regulamento

3.1. Regulamento Executivo

Vem complementar a lei buscando sua fiel execução. Tem fundamento de validade na lei, para saber se ele é valido ou não, verifica-se a lei, se ele está de acordo com a previsão legal, se segue a ordem CF → Lei → Regulamento. Serve para complementar a lei buscando sua execução e tem seu fundamento de validade na lei (não se pode extrapolar a lei, ir além, limite dele é a lei, só pode disciplinar até este limite) Regra no Brasil - Art. 84 IV da CF.

> *CF Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *IV - Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;*

Se da CF no lugar da LEI aparecer um regulamento, este regulamento terá seu fundamento de validade na CF. Então, ele pula a lei? Sim, ele exerce o poder de uma lei, ele é autônomo.

3.2. Regulamento Autônomo

É aquele que regulamenta DIRETO o texto constitucional, tem seu fundamento de validade no texto constitucional.

O regulamento exerce o papel de lei – mas não é lei. Porém inova o ordenamento jurídico.

3.2.1. Poderia cogitar-se o regulamento autônomo no Brasil?

Três posições: pode sempre, nunca pode e pode dependendo.

1ª Posição - Pode sempre: HLM, como decorrência dos poderes implícitos da Administração.

2ª Posição - Pode nunca: CABM, JSCF – contra regulamento autônomo.

CABM: Observa que o instrumento é muito perigoso porque estamos engatinhando em uma democracia, não temos uma concretizada, não precisamos usar esse tipo de instrumento. Exemplo: medida provisória, FHC reeditava MP, legislava por MP praticamente, isso que dependia da aprovação do Congresso, bem como atender os requisitos de urgência e relevância. Imagine então com o decreto-regulamentar que não precisa de nada disso, se esse instrumento for flexível

no Brasil teremos um sério problema de instabilidade, de acordo com este doutrinador não temos cultura para a utilização desse tipo de instrumento.

JSCF: é preciso que o ato possa criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, sem prévia lei disciplinadora da matéria, para ser assim considerado. Aqui não pode existir, a CF exige a ***reserva legal, para exigibilidade de obrigações***. Os atos de *organização e funcionamento da administração federal ainda que tenham conteúdo normativo, são apenas ordinatórios, setor interno da administração*. Só reflexamente atingem esfera jurídica de terceiros e sempre por imposições derivadas ou subsidiárias nunca originárias (ato regulamentar pode exigir obrigações subsidiárias – decorrentes das originárias, estas previstas na **lei**).

3ª Posição - Pode dependendo: **STF, Doutrina Majoritária – EC 32/01** (alterou o art. 84, VI da CF).

A partir dessa EC, é possível o autônomo no Brasil. Porém: esses autores e o STF quando admitem, dizem expressamente: Desde que em **caráter excepcional** e expressamente autorizado na **CF**.

Regra é NÃO PODE. O poder é EXCEÇÃO.

As hipóteses expressas na constituição: 84, VI traz duas alíneas, alguns autores só reconhecem na alínea A e outros só reconhecem na B, mas a maioria aceita o autônomo nas duas alíneas. **STF** já se posicionou na alínea B (caso de extinção de cargo vago – cai mais em concurso).

> ***Art. 84***. *Compete privativamente ao Presidente da República:*
> *[...]*
> *VI - Dispor, **mediante decreto** (regulamentar autônomo), 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;*

OBS: criação de cargo no Brasil é feita por lei. Por paralelismo de forma, deveria ser extinto por lei, porém a CF diz que nesse caso, que se o cargo estiver vago, ele poderá ser extinto por meio de decreto regulamentar (autorização da constituição – o fundamento de validade desse decreto é a CF, só é permitido nesse contexto, porque a constituição assim o permitiu).

Também encontraremos um segundo art. da Constituição que parte da doutrina já inclui como autônomo: Art. 225 da CF – criação de área de preservação ambiental – **não pacífico.** Deveria ser criada por lei, mas a CF diz que pode ser criada por decreto.

> *Art. 225 §1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *[...]*
> *III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)*

Outro exemplo de regulamento autônomo é o previsto pela CF quanto aos Conselhos de Justiça e do MP (CNJ e CNMP), que também retiram seu fundamento de validade diretamente da CF.

De toda sorte, no que tange o reconhecimento, pelo Supremo, da figura do decreto (ou regulamento) autônomo, faz-se mister colacionar alguns julgados:

3. Conclusões

Destarte, em se tratando de decreto que extrapola limite de lei, o tema se situa no plano da legalidade, não possuindo natureza autônoma. Nessas hipóteses, o Supremo não conhece das ADI´s.

Ao fim e ao cabo, a aproximação até aqui realizada não pode pretender um status de trazer conclusões, mas em grau de arremate é possível dizer que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em determinadas situações a figura do decreto autônomo, decorrente do art. 84, VI da Constituição da República. A questão que emerge é a verificação da mantença desse posicionamento.

3.2.2. Controle

Conforme o art. Art. 49, V da CF, pode o Congresso, através de um **DECRETO LEGISLATIVO**, sustar os atos normativos que extrapolem o poder regulamentar. Não ocorre a invalidação de todo ato, mas apenas a sustação da parte que exorbita os limites da regulamentação.

> ***Art. 49.*** *É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
> *[...]*
> *V - Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;*

Tendo o ato normativo fundamento na lei (ato normativo **subordinado**), sempre poderá caber o controle de legalidade, via MS, ação popular...

ADI só será cabível em se tratando de ato normativo **autônomo (**fundamento CF**)**.

No que tange à constitucionalidade do ato **SUBORDINADO**, somente será cabível a **ADPF,** visto que aqui o controle de concentrado é mais amplo, abrangendo inconstitucionalidade direta, indireta (reflexa/oblíqua), atos normativos autônomos e subordinados e até mesmo *atos concretos* (da administração em 'sentido estrito').

O **Mandado de Injunção** também é cabível, no caso de ausência de norma reguladora.

3.2.3. Observações finais

*Atos de regulamentação de primeiro grau – decretos e regulamentos.

Atos de regulamentação de segundo grau – regulamentam os primeiros, mais detalhamento.

Regulamentação técnica: exercido pelas agências reguladoras* **– "deslegalização". *"Delegation with Standards".* Legislador transfere tão somente a competência para a regulamentação técnica (conhecimentos que não abrange) mediante parâmetros previamente enunciados em lei.

5.5. PODER DE POLÍCIA

5.5.1. Conceito e características

> *CTN Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a 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. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)*

É em razão da "taxa de polícia", que é um tributo vinculado à contraprestação estatal, é cobrada no valor da diligência. É a cobrança pela diligência.

Compatibilização de interesses, compatibilizar o interesse público + interesse privado. O que representa acima de tudo, buscar o bem-estar social. Palavra-chave: **bem-estar social.**

É a prerrogativa do poder público de, calcado na lei, definir parâmetros de uso e gozo dos direitos de liberdade e propriedade individuais, na busca do interesse público. Poder de polícia **não gera dever de indenizar,** pois ele não retira um direito, ele define a forma de exercê-lo.

HLM: restringir, limitar, frenar a atuação do particular em nome do interesse público.

Poder de polícia basicamente se refere ao direito à liberdade e o direito à propriedade.

Exemplo: construir 10 andares em uma praia, administração só permite 08. E o direito de propriedade previsto na CF? Não posso exercer? Não pode e não tem direito a indenização. Festança, som a noite toda em residência, vizinho reclama, chama polícia. Tem direito a indenização? Não.

Então se restringe, limita a liberdade para festa, restringe o direito de propriedade para construir...sem direito a indenização. A AP está limitando o seu direito?

Doutrinadores modernos dizem NÃO. A AP não está limitando direito. Na verdade, se a AP restringe um direito seu, está retirando o que é seu, então ela terá que indenizar. Por isso devemos evitar essas palavras: *restrição* e *limitação*, pois isso gera dever de indenizar.

Na verdade, temos liberdade pela CF, mas não podemos exercer de qualquer maneira, o poder de polícia não é a limitação ao direito, é na verdade uma definição da forma de exercer o direito. **O poder de polícia define a forma de se exercer esses direitos, por isso não há o dever de indenizar.**

-Polícia administrativa: Fiscaliza, apreende e multa. Preventiva, geralmente.

-Polícia judiciária: CR, art. 144 e CE, art. 124 e 133. Investiga e prende. Polícia Civil. Repressiva, geralmente.

-Polícia ostensiva: Pela presença ostensiva e permanente, tenta preservar a ordem pública. CR, Art. 144 e CE, 129. Polícia Militar.

O poder de polícia (administrativo) tem caráter eminentemente **preventivo** (limitação de velocidade, fiscalização por radar), com o objetivo de evitar o dano ao interesse público. Essa é a grande diferença para a polícia judiciária, cuja atuação é predominantemente repressiva, ou seja, depois de consumada a infração (não obstante, essa também tem caráter preventivo, quando atua na prevenção dos crimes).

Normalmente o **poder PREVENTIVO** se dá pela prática de atos normativos (**poder regulamentar**), que define regras na busca de compatibilização do interesse público com o interesse particular. Exemplo: Normas de vigilância sanitária.

Muitas vezes o poder de polícia também aparece em seu **caráter FISCALIZADOR.** Seja definindo a regra ou fiscalizando a aplicação da regra é poder de polícia.

Terceira situação: poder de polícia REPRESSIVO.

Quando o poder se manifesta **repressivamente**, estamos diante de atos administrativos de **caráter punitivo**, como seria o caso do fechamento do estabelecimento comercial que não obedeceu às regras de vigilância sanitária (ver CDC).

Poder de polícia é em regra ato negativo. Certo ou Errado?

Negativo: uma obrigação de NÃO FAZER. Uma abstenção do agente. Tendo poder de polícia preventivo, o estado quer evitar algum ato do particular, então o poder de polícia é EM REGRA NEGATIVO. Por quê?

Porque traz em seu conteúdo uma abstenção, obrigação de não fazer (normalmente: “não construir acima de tantos metros, não ultrapassar velocidade x...”). Alguns doutrinadores dizem mais: ele é negativo porque ele está impedindo um dano maior, caráter preventivo, está evitando um dano maior.

Lembrando que pode ser positivo, **excepcionalmente**, como por exemplo, na tragédia do RJ, em que a administração pública exigiu que desocupassem a área.

Resumindo:

Preventivo: regulamentar (atos normativos → *é também exercício de poder regulamentar)

Fiscalizador

Repressivo (atos punitivos)

Mais algumas considerações:

5.5.2. Fundamento do Poder de Polícia

SUPREMACIA GERAL – aquela atuação do poder público que independe de vínculo anterior.

SUPREMACIA ESPECIAL – há vínculo anterior.

Poder de polícia tem seu fundamento na supremacia geral do estado, **SUPREMACIA GERAL** significa atuação do poder público, independentemente de vínculo jurídico anterior. Exemplo: controle alfandegário, controle de pesos e medidas, controle de velocidade, regras para edificação. ***Este é fundamento do Poder de Polícia.***

NÃO se caracteriza a atuação do poder de polícia, atuação do poder público no exercício de **supremacia especial**, isto é, aquela atuação que depende de vínculo jurídico anterior, exemplo: sanção aplicada em razão de infração funcional (**poder disciplinar**), sanção decorrente de contrato de concessão e aplicada em aluno matriculado na escola pública. Tendo vínculo, a atuação do estado decorre do vínculo.

Exemplo1: aluno matriculado em escola pública é expulso. É poder de polícia? Não, é supremacia especial, o aluno tem vínculo com a escola. Supremacia especial.

Exemplo2: a administração celebra contrato de merenda com empresa. Ela não entrega. A administração extingue o contrato e penaliza a empresa. É poder de polícia? Não, o vínculo já existia, a sanção decorre do contrato. Supremacia especial.

5.5.3. Poder de polícia originário e delegado

Poder de Polícia Originário é aquele exercido por órgãos e agentes da Administração DIRETA.

Poder de Polícia Delegado é o poder que, **mediante lei,** foi repassado à pessoa jurídica da Administração INDIRETA, cuja competência deve ser restrita a execução de restrições já previstas em lei, **jamais função inovadora.**

Nesse sentido, vale lembrar que o STF já decidiu que não pode existir delegação de poder de polícia a particulares (ver acima, conselhos de classe, **ADI 1717**).

O poder de polícia é perigoso na mão de particulares. Pode ferir a segurança jurídica. Exemplo. Máfia dos radares que recebiam comissão por multas.

Doutrina e jurisprudência: Somente atos MATERIAIS de polícia podem ser delegados ao particular. Ocorre quando o poder público delega ao particular apenas a ***operacionalização material do poder***, notadamente o **fiscalizatório** de caráter preventivo. Exemplo: Máquina de bater foto em radares; detectores de metal em aeroportos etc. É um ato material anterior, antes da aplicação da sanção. O particular só bate a foto, quem aplica a multa é o poder público.

Outro exemplo: A administração aplica uma sanção de implosão de um edifício irregular. O poder público pode contratar alguém para executar a decisão, pois é um ato material de polícia, neste caso, posterior.

Portanto, é permitida a delegação de **"atos materiais de polícia**" (instrumental), tanto anteriores como posteriores.

"Ato jurídico de polícia", somente a administração pode (impor multa, regulamentar etc.).

5.5.4. Atributos do poder de polícia (características)

Não confundir atributos do poder de polícia com atributos do ato administrativo.

Os atributos são:

a) Discricionariedade;

b) Autoexecutoriedade (exigibilidade e/ou executoriedade);

c) Coercibilidade.

Vejamos:

1) Discricionariedade do Poder de Polícia

Em REGRA, ato de polícia é discricionário, mas a licença para construir, por exemplo, é vinculado - não confundir com autorização e permissão de uso de bem público que é discricionário. Exemplo: velocidade em via pública – conveniência e oportunidade.

2) Autoexecutoriedade do Poder de Polícia

Praticar o ato independentemente de ordem judicial. Cuidado, pois o judiciário pode controlar esse ato, principalmente no que diz respeito à sua finalidade e legalidade.

Dispensa as formalidades do ato? NÃO. Formalismo não tem nada a ver com autoexecutoriedade.

Subdivide-se (doutrina majoritária):

2.1. Exigibilidade: decidir sem o judiciário. Independentemente do judiciário. **Meio de coerção indireto.** Todo ato administrativo tem exigibilidade.

2.2. Executoriedade: executar sem o poder judiciário. Recolher o dinheiro para o pagamento de multa, por exemplo. **Meio de coerção direto.** Nesse caso, o estado nem sempre pode. Somente pode se previsto em lei, ou se a situação for urgente.

Todo administrativo – poder de polícia – é auto executável? Não, deve estar previsto em lei ou a situação ser urgente.

3) Coercibilidade

Obrigatoriedade, imperatividade (lembrar que **PODER EXTROVERSO** da administração é sinônimo de imperatividade – um dos atributos do ato administrativo)

O CTN (art. 78) permite a cobrança de tributo pelo exercício do poder de polícia (taxa de polícia). Taxa: Tributo vinculado à prestação estatal. Qual a prestação estatal? É a diligência para o exercício do ato de polícia. A taxa é o valor dessa diligência.

O poder de polícia tem campos diversos de atuação:

- Polícia sanitária

- Pesos e medidas

- Divertimentos Públicos

- Controle de som

- Caça e pesca

- Limites para construir

- Bebidas alcoólicas

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. FORMAS DE PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: a centralização, descentralização e a desconcentração.

1.1. CENTRALIZAÇÃO

A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Em outras palavras, é quando a atividade é prestada pelo centro, núcleo da administração.

1.2. DESCENTRALIZAÇÃO

Quando a atividade administrativa é retirada do núcleo para pessoas de fora da administração direta (sejam elas da administração indireta ou particulares). Trata-se de forma descentralizada de prestar atividade administrativa. (“centro/núcleo → fora”)

Quando um serviço se desloca do estado para município ou união, há descentralização administrativa? Haverá transferência entre entes políticos, é chamado de **descentralização política**. Não é matéria de administrativo, é matéria de Constitucional. Aqui, nos preocupamos com ente político para a indireta, ente político para o particular.

1.3. DESCONCENTRAÇÃO

Deslocamento, distribuição dentro da mesma pessoa jurídica. Se um serviço sai do Ministério B para o C, se isso acontece dentro da mesma pessoa jurídica, é desconcentração. Forma desconcentrada de prestação do serviço. (“pessoa desconcentra!”)

A desconcentração, que é um fenômeno de distribuição interna de partes de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, refere-se à organização interna de cada pessoa jurídica. Ela não prejudica a unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um consistente vínculo denominado hierarquia, podendo ser em razão da matéria, do grau de hierarquia ou do território, como ocorre na distribuição das atividades entre os órgãos públicos.

1.4. DESCONCENTRAÇÃO X DESCENTRALIZAÇÃO

DESCONCENTRAÇÃO	DESCENTRALIZAÇÃO
Deslocamento ocorre na mesma pessoa jurídica**.**	Deslocamento para nova PJ/PF. (regra é para pessoa jurídica, mas excepcionalmente pode ser para pessoa física.).
Tem como base a hierarquia. Quando alguém manda deslocar um serviço dentro da mesma PJ**.**	Não existe hierarquia entre Administração Direta e Indireta e Direta e Particulares, há controle e fiscalização.
Há subordinação**.**	Não há subordinação!

É possível DESCENTRALIZAÇÃO para pessoa física de serviço público?

Lei: PERMISSÃO de serviço pode ser feita à pessoa FÍSICA ou JURÍDICA. AUTORIZAÇÃO de serviços públicos pode ser feita à pessoa FÍSICA.

2. INSTRUMENTOS DA DESCENTRALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Os instrumentos podem ser:

a) Outorga (somente pela lei);

b) Delegação (pela lei, via contrato ou via ato administrativo).

Vejamos:

2.1. OUTORGA

Quando se transfere por outorga, significa dar a TITULARIDADE mais a EXECUÇÃO do serviço. Transfere-se a propriedade sobre o serviço e a sua execução. Ao dar o poder sobre esse serviço, transfere-se o domínio sobre o serviço. Outorga deve ser **mediante lei**, em virtude da **drasticidade.**

Necessariamente, só pode acontecer a outorga do serviço público para a administração **INDIRETA**. **E só pode ser a indireta de DIREITO PÚBLICO.**

Autarquias/Fundações Públicas de Direito Público.

Descentralização por serviço, funcional ou técnica.

(Corrente Majoritária – ponto divergente).

Para as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são também pessoas que compõem a Administração Indireta - porém regidas pelo direito privado - a descentralização seria somente da execução dos serviços, feita mediante delegação formalizada por lei, conforme estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal.

2.2. DELEGAÇÃO

A administração transfere somente a EXECUÇÃO do serviço retendo a titularidade. A delegação pode ser LEGAL, via CONTRATO ou via ATO ADMINISTRATIVO.

Descentralização por colaboração.

Vejamos:

2.2.1. Delegação Legal

Feita por **LEI** às pessoas da ADMINISTRAÇÃO **INDIRETA**. São beneficiadas as pessoas jurídicas de **DIREITO PRIVADO** - empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas de direito privado.

2.2.2. Delegação via contrato administrativo

Feita ao PARTICULAR - **concessionárias *e* permissionárias** de serviço público. É necessária autorização legislativa, por meio de lei específica. A concessão somente para PJ, já a permissão pode ser feita à PF.

OBS: concessão e permissão são constituídas por CONTRATO ADMINISTRATIVO.

2.2.3. Delegação via ato administrativo

Feita ao PARTICULAR também – autorizativas de serviço público. (Relacionar: **A**to **A**dministrativo → **A**utorizativas). Exemplo: taxi, despachante.

OBS – delegação via contrato e ato administrativo será estudado ao fim, em serviços públicos.

A administração pode **outorgar** a concessão de serviço público ao particular. CERTO. Porque não é a definição de outorga, é outorga em sentido amplo, sentido vulgar, neste caso é no sentido de dar, de fazer de realizar a concessão. Isso porque a CF também fez (‘errou’) em vários dispositivos.

Estaria errado se fosse “a concessão é uma **outorga** de serviço público ao particular” – aqui seria em sentido técnico, sabemos que a concessão é uma **delegação** de serviço ao particular.

A descentralização da atividade administrativa pode ser feita a **PF** ou PJ. CERTO. A descentralização na **permissão e autorização de serviço público pode ser** feitas à pessoa física. Ex: táxi.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXTROVERSA E INTROVERSA

O que é Administração Pública EXTROVERSA e INTROVERSA?

As relações administrativas, efetivadas pela Administração Pública, podem ter como destinatários os administrados, particulares de fora da Administração ou os próprios órgãos e Entes administrativos.

No caso de as relações jurídicas administrativas serem constituídas em face dos administrados, teremos a chamada **Administração EXTROVERSA**, eis que nelas existem ações extroversas, que incidem para fora do núcleo estatal atingindo os administrados, a exemplo de ações de polícia administrativa, que frenam a atividade particular em benefício do bem comum.

Essas relações extroversas são fundamentadas, portanto, nos princípios administrativos implícitos da **Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e na Indisponibilidade**, pela Administração, dos interesses dos administrados.

Por outro lado, temos as relações **INTROVERSAS**, que compõem a Administração Introversa, materializando-se pelos atos administrativos realizados entre os Entes Políticos (União, Estado, Municípios e DF), entre esses e os órgãos da Administração Direta e entre esses entre si.

Tratam-se, assim, das relações jurídicas administrativas realizadas internamente, no âmbito da estrutura interna administrativa e, por isso, são considerados instrumentais em relação à Administração Extroversa, já que os órgãos e pessoas jurídicas devem se organizar, relacionando-se, a fim de efetivar as políticas públicas e atividades diversas de execução material, em prol do bem comum.

O que significa dizer que a administração EXTROVERSA é finalística e a introversa é INSTRUMENTAL? Significa dizer que a administração pública **extroversa** (atinge os administrados) é a faceta da administração pública que visa a atingir os fins constitucionalmente determinados, de acordo com a competência distribuída a cada ente pela CF, ao passo que a administração pública introversa (relações internas – entes) é o instrumento de que dispõe a administração extroversa para atingir esses fins.

4. TEORIAS QUE EXPLICAM A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SEUS AGENTES

Temos três teorias aqui: teoria do mandato, teoria da representação e por fim teoria do órgão ou da imputação. Vejamos:

4.1. TEORIA DO MANDATO

Segundo esta teoria todo poder do agente decorre de um contrato de mandato que ele celebra com o Estado.

Crítica: quem irá assinar esse contrato pelo Estado? Esta teoria não pode ser aplicada, porque o Estado não tem como manifestar sua vontade sem a pessoa física, sem a presença do agente, ele sequer poderá assinar o contrato de mandato.

4.2. TEORIA DA REPRESENTAÇÃO

Segundo esta teoria toda relação estado agente acontece igual na tutela e na curatela. O Estado é representado por seu agente.

Crítica: Na tutela e curatela trata-se de um incapaz. Com base na incapacidade, temos um incapaz que precisa de um representante para completar os atos da vida civil. Tem-se alguém representando a vontade de um incapaz. Isso significaria dizer que o estado é incapaz. Teoria pode ser aplicada ao nosso ordenamento? NÃO. Se o estado responde pelos atos dos agentes ele não é incapaz, se ele é responsável, não precisa de representante.

E mais: adotando esta corrente, não se poderia imputar nada ao estado, afinal, ele está apenas sendo representado! A responsabilidade deveria ser atribuída aos seus agentes...solução inócua.

4.3. TEORIA DO ÓRGÃO OU DA IMPUTAÇÃO

Segundo esta teoria a vontade do estado está nas mãos do agente e o agente realiza a vontade do estado porque quem **determinou foi a lei**, a lei imputou a ele essa função. Relação ESTADO-AGENTE decorre da previsão LEGAL.

A vontade da PJ estado deve ser atribuída aos órgãos que a compõe, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão reside no princípio da **imputação volitiva,** ou seja, a vontade do OP é imputada à PJ a cuja estrutura pertence.

Na verdade, quando o agente está realizando a função pública, está manifestando sua vontade também, sua vontade se confundiria com a do Estado, e elas formam, constituem uma única vontade. Por esta razão, a CF diz que o estado responde pelos atos dos agentes no exercício da função. **Teoria aplicada no BR.**

5. <u>ÓRGÃO PÚBLICO</u>

5.1. PREVISÃO LEGAL

Art. 1º §2º, I 9784/99 – Processo Administrativo

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

*I - órgão - a **UNIDADE DE ATUAÇÃO** integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;*

Administração foi dividida em vários núcleos, em vários centros, cada um com uma especialidade. Tirado da ideia dos órgãos do corpo humano. Por isso, esses núcleos de competência especializada são chamados de órgãos públicos.

5.2. CONCEITO

É o ***compartimento*** da estrutura estatal a que são cometidas ***funções determinadas***, sendo composto por *agentes que, quando as executam estão exteriorizando a própria vontade do estado*. (relacionar este conceito com a Teoria da Imputação). É um círculo efetivo de poder que para tornar efetiva a vontade do estado, precisa estar integrado por agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello os define como unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições de poderes funcionais do Estado, repartidos no interior da personalidade estatal e expressados por meio dos agentes neles providos.

A criação dos órgãos públicos representa um processo de desconcentração da atividade administrativa e, em razão do princípio da legalidade, essa estruturação não pode ser realizada pelo administrador, dependendo de previsão legal. A lei que cria o órgão público também estabelece a sua estrutura organizacional, fixa competências e impõe limites às pessoas físicas.

5.3. ÓRGÃO PÚBLICO PODE CELEBRAR CONTRATO?

Exemplo: das crianças na escola pública municipal que se furam os olhos. De quem os pais cobram a indenização? Não é da escola nem da prefeitura, dois órgãos públicos. Órgão Público ***não tem personalidade jurídica***. Não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Logo, quem pode pagar a indenização é o Município.

Então OP não pode ser parte no contrato, NÃO PODE CELEBRAR CONTRATO. Mas lícita, vai cuidar da execução do contrato depois, faz a gestão do contrato.

Quem assina na verdade é a Pessoa Jurídica, quem assina é o representante, o prefeito, o presidente. O que acontece é que a competência para assinar o contrato é delegada, para ministros (ministérios) etc., os dirigentes. MAS a parte que está celebrando o contrato é a **PESSOA JURÍDICA.**

No estudo dos órgãos públicos é interessante lembrar a **teoria da institucionalização**, segundo a qual os órgãos públicos, embora não contem com personalidade jurídica, podem adquirir vida própria.

Exceção: Art. 37, §8º da CF – única ressalva. Permite contrato de gestão entre entes da administração, entre OP e entre administradores.

CF Art. 37 § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos ÓRGÃOS e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

A Lei 13.934/2019 regulamentou o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado "contrato de desempenho", no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

O contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

5.4. COMO PODE O ÓRGÃO PÚBLICO NÃO TER PERSONALIDADE JURÍDICA, MAS TER O CNPJ?

A receita federal precisava saber de onde sai e para onde vai o $, especialmente porque dependendo do caminho gera renda, e se gera renda gera imposto de renda. Receita: "apesar de reconhecer que OP não tem PJ, ele recebe dotação orçamentária, então terá de ter CNPJ.", isso não significa dar a ele PJ. O objetivo é acompanhar o fluxo do recurso.

5.5. OP NÃO TEM PERSONALIDADE JURÍDICA. PODE IR A JUÍZO?

NÃO. A exemplo da massa falida e do espólio, que não tem personalidade, o OP só poderá ir a juízo em situações específicas, em situações determinadas, visto que não pode ser sujeito de direito e de obrigações. EXCEPCIONALMENTE a doutrina e jurisprudência dizem que ele pode ir a juízo em busca de prerrogativas funcionais.

DIVERGÊNCIA: OP pode ser réu? Para a maioria ele só vai a juízo como sujeito ATIVO, ele vai pedir alguma coisa, no exercício de prerrogativa funcional, não responde por seus atos.

Exemplo: Câmara municipal deixa de receber verba do orçamento do município como represália do prefeito. Nesse caso, a câmara pode ir a juízo buscar a verba, pois está em busca de prerrogativa da função.

6. <u>CLASSIFICAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS</u>

6.1. DE ACORDO COM A POSIÇÃO ESTATAL

1. Independentes;
2. Autônomos;

3. Superiores;
4. Subalternos.

6.1.1. Independentes

Aquele que está no TOPO da estrutura estatal. Aquele que goza de independência: TOTAL liberdade, não sofre qualquer relação de subordinação.

Exemplo: Presidência da República. Existe o controle de um poder pelo outro (separação dos poderes), mas não se subordina a ninguém.

6.1.2. Autônomos

Aquele que goza de autonomia: significa uma ampla liberdade, mas está subordinado aos órgãos independentes e sofre então a relação de subordinação.

Exemplo: Ministério, Secretarias de Estado, Municipais.

6.1.3. Superiores

Tem poder de decisão, MAS subordinado aos independentes e autônomos. Não tem autonomia. Exemplo: gabinetes – da presidência, do ministro...procuradorias.

6.1.4. Subalternos

Não tem poder de decisão, não decide nada, é na verdade órgão de execução, cumpre as determinações dos independentes, autônomos e superiores.

Exemplo: almoxarifado, zeladoria, departamento de recursos humanos.

Dependendo do tamanho da administração, um mesmo exemplo pode ter mais de uma classificação. Exemplo: zeladoria superior e zeladoria subalterna.

6.2. DE ACORDO COM A ESTRUTURA

1. Simples (não tem ramificação);
2. Compostos (tem ramificação).

6.2.1. Simples (não tem ramificação)

Não tem agregados, ele existe só.

Exemplo: gabinetes na sua maioria.

6.2.2. Compostos (tem ramificação)

Delegacia de ensino e as escolas ligadas a ela, posto de saúde e hospitais.

OBS: não existe órgão complexo, apenas ATO. O órgão é simples ou composto.

6.3. DE ACORDO COM A ATUAÇÃO FUNCIONAL

Agentes que compõe o órgão.

1. Singular;
2. Colegiado.

6.3.1. Singular

Tomada de decisão é feita por um agente.

Exemplo: Presidência da República, Prefeitura Municipal, Juízo monocrático.

6.3.2. Colegiado

Tomada de decisão é feita com mais de um agente.

Exemplo: casas legislativas e tribunais.

ÓP é possível na administração direta e indireta? SIM. Lei 9784/99 prevê em seu artigo 1º. Exemplo: INSS, em cada cidade com sua competência territorial.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. CONCEITO

Administração Direta ou centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos Entes Federativos (União, Estados, DF e Municípios).

2. PRERROGATIVAS

Os entes que compõem a Administração Direta, por serem pessoas jurídicas de direito público, estão sujeitos às prerrogativas e obrigações inerentes a esse regime, o que é extensível às suas estruturas internas, isto é, aos seus órgãos.

São elas:

- Subordinação aos procedimentos financeiros públicos, como regras de contabilidade pública e aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar na 101/00).
- Submissão às exigências de concurso público (art. 37, II, da CF) e do dever de licitar (art. 37, XXI, da CF).
- Os seus atos administrativos gozam dos atributos de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de coercibilidade, e, da mesma forma que seus contratos, seguem o regime administrativo, contando com as cláusulas exorbitantes.
- Gozam de privilégios tributários, tal como a imunidade recíproca para os impostos (conforme art. 150, VI, “a”, da CF).
- Tratamento de Fazenda Pública.
- Seus bens estão protegidos pelo regime público, sendo alienáveis de forma condicionada, impenhoráveis, imprescritíveis e não podem ser objeto de oneração.
- O pagamento de seus débitos judiciais está sujeito ao regime de precatório previsto no art. 100 da CF.

3. CARATERÍSTICAS GERAIS (servem para todas pessoas da administração indireta)

As características são as seguintes:

1. As pessoas jurídicas da administração indireta têm personalidade jurídica própria;
2. Criação ou extinção das pessoas jurídicas da Administração indireta depende de lei;

3. Cada PJ da indireta tem uma finalidade específica prevista em lei (princípio da especialidade);

4. As PJ da administração indireta não têm fins lucrativos;

5. Administração direta tem relação de controle com a Administração Indireta.

Vejamos:

3.1. AS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA.

Isso significa que elas respondem por seus atos.

Têm patrimônio e receita próprios. Independente da origem do patrimônio ou receita. Caindo em seus cofres o dinheiro passa a ser dela.

Elas têm autonomia administrativa, técnica e financeira.

As PJ da administração indireta têm autonomia política? **FALSO**. Nem mesmo a agência reguladora, esta regula, normatiza, mas sendo complementar à previsão legal.

3.2. CRIAÇÃO OU EXTINÇÃO DAS PJ DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DEPENDE DE LEI.

Depende de lei (art. 37, inc. XIX da CF). CF diz "LEI ESPECÍFICA" – ou seja, LEI ORDINÁRIA ESPECÍFICA, isso significa dizer que as PJ da indireta, cada uma delas terá sua própria lei.

> *CF Art. 37*
> *XIX - somente por lei específica poderá ser CRIADA autarquia e AUTORIZADA a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação (de direito privado), cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;*

OBS: qual diferença? LEI CRIA autarquia e lei AUTORIZA a criação da Empresa pública, sociedade de economia mista e fundação de direito privado (FDPR).

Hoje, doutrina e jurisprudência majoritárias admitem que a fundação pública pode submeter-se a qualquer dos regimes. Assim, o Poder Público poderá instituir uma fundação e dar a ela o regime público ou o regime privado. No caso, a fundação pública é considerada espécie de autarquia, denominada autarquia fundacional, portanto, a lei cria essa pessoa jurídica. De outro lado, a fundação pública pode receber o regime privado, sendo então denominada fundação governamental, submetida ao mesmo regime das empresas públicas e das sociedades de economia mista, logo, a lei autoriza a sua criação.

Significa que basta a criação da autarquia por lei que ela está pronta. Quanto a "autorizar", a lei vai autorizar a criação, mas para que ela exista efetivamente, precisará de **REGISTRO** (se a PJ tiver natureza empresarial, registra-se o contrato social na Junta Comercial. Se não for de natureza empresarial registra-se o estatuto no CRPJ).

Se a lei cria a autarquia, ela também a extingue. Se a lei autoriza a criação das EP, SEM e FDPR, ela terá de autorizar a sua extinção também. É o que conhecemos por **paralelismo de formas.**

Lei complementar definirá as possíveis finalidades da fundação. Para a criação dessa **fundação** haverá a lei ordinária específica autorizando + registro, a lei complementar **só definirá as possíveis finalidades de forma abstrata.**

3.3. CADA PESSOA JURÍDICA DA INDIRETA TEM UMA FINALIDADE ESPECÍFICA PREVISTA EM LEI. (PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE)

Somente se altera essa finalidade por meio de lei (aplica-se também o paralelismo de formas). **Princípio da especialidade.** Imunidade tributária e alguns privilégios são ligados a essa finalidade.

4. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades De Economia Mista, Empresas Públicas.

4.1. NÃO TEM FINS LUCRATIVOS

PJ da administração indireta não tem FINS lucrativos. V ou F? VERDADEIRO. Foi criada para o lucro? Não.

As pessoas da administração indireta não têm lucro. FALSO.

Então, as pessoas jurídicas da administração indireta NÃO têm fins lucrativos. No caso de Autarquias e fundações é fácil de entender. Mas quando se fala de EP e SEM: para que o estado as institui? Para prestar serviços públicos ou atividade econômica (pode visar lucro? Art. 173 da CF = "o estado não intervirá na atividade econômica, apenas através da EP e da SEM quando for imprescindível à segurança nacional e for de interesse coletivo". (***NÃO pode visar lucro em sua instituição, embora ele seja possível***.)

> *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.*

4.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA TEM RELAÇÃO DE CONTROLE COM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.

AD em relação a AI: Não existe hierarquia – descentralização – mas estão sujeitas a controle. Que controle é este? Pode se dar pelo LEGISLATIVO, pelo JUDICIÁRIO ou pelo próprio PODER EXECUTIVO.

Esse controle poderá ser realizado dentro da própria pessoa jurídica, caracterizando um controle interno ou, ainda, por pessoas ou órgãos estranhos à sua estrutura, configurando um controle externo.

4.2.1. Poder Legislativo controlando

TCU (*longa manus* do legislativo) controla **todas** PJ da Administração indireta. A partir de 2005, passa a controlar SEM. CPI pode controlar (Exemplo: CPI dos correios).

Quanto ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, consoante previsão constitucional, ele se efetivará por meio do julgamento das contas dos administradores, apreciação das admissões de pessoal e concessões de aposentadoria, realização de auditorias e inspeções e aplicação de sanções previstas em lei (art. 71 da CF)

4.2.2. Poder Judiciário controlando

Decisões judiciais são formas de controle.

4.2.3. Poder Executivo controlando

Supervisão ministerial. Feito pelo ministério: controle de finalidade (**finalístico**), de receitas e despesas e pode gerar nomeação dos dirigentes da indireta. Significa administração direta controlando, nomeando agentes da indireta (normalmente o presidente nomeia e exonera de forma livre, o que compromete a ausência de hierarquia e subordinação, MAS excepcionalmente ele não pode nomear e exonerar de forma livre, no caso do Banco Central e Agências Reguladoras, Art. 52 da CF, precisa de prévia autorização do Senado Federal – "**Capture Theory**").

No que tange ao controle feito pela Administração Direta, ele poderá ser: um controle ordinário, referente a uma tutela ordinária, podendo ser de legitimidade, de mérito, preventivo ou repressivo, tudo conforme previsão legal; ou, ainda, um controle extraordinário, o qual ocorre em circunstâncias excepcionais, graves distorções que independem de lei. Esse controle é feito via supervisão ministerial, sendo realizado pelo Ministério ao qual está ligada determinada pessoa jurídica.

Os fins desse mecanismo de controle são: assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seus atos de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo; zelar pela obtenção de eficiência administrativa; zelar pela autonomia administrativa, operacional e financeira.

Agora iremos ao estudo de cada uma das entidades da administração indireta.

5. FUNDAÇÃO

5.1. CONCEITO

Patrimônio destacado por um fundador para uma finalidade específica. Patrimônio personalizado.

5.2. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO

Fundação Pública. Está na administração indireta, é estudada pelo direito administrativo.

1ªC: Hely Lopes Meirelles (HLM): toda fundação pública é de direito privado.

2ªC:Celso Antônio Bandeira de Mello (CABM): toda fundação pública é de direito público.

3ªC: MAIORIA E STF: é possível que a fundação pública seja instituída nos dois regimes, é possível que seja de direito público ou de direito privado.

5.3. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PÚBLICO

É uma espécie de AUTARQUIA, chamada de autarquia fundacional. Lei cria esta fundação (por ser espécie de autarquia). Esta pode ser transformada em *agência executiva*.

5.4. FUNDAÇÃO PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO

O poder público pode criar este tipo e dá a ele regime de direito privado. É chamada de **fundação governamental** (JSCF chama as duas de 'fundação governamental' – sentido amplo). Segue o mesmo regime de empresa pública e sociedade de economia mista. Lei autoriza sua criação**.** Esta é a Fundação do art. 37, XIX.

> *CF Art. 37*
> *XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação pública de direito privado, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;*

Observe a seguinte assertiva: **Fundação pública de direito privado é uma espécie de empresa pública e de sociedade de economia mista**. FALSO. Segue o mesmo regime, mas não é espécie porque essas duas tem natureza empresarial.

5.5. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PARTICULAR

Chama-se esta **Fundação PRIVADA**. Exemplo: Fundação Ayrton Senna. Quem estuda esta fundação é o Direito Civil, ela não está na administração pública.

*Há supervisão pelo MP das Fundações Públicas (art. 66 CC)?

> *CC Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*

JSCF: Se justificaria pela necessidade de se fiscalizar se a fundação está efetivamente perseguindo os fins para os quais foi instituída. Trata-se, portanto, de controle finalístico.

Entretanto, no caso de **fundações <u>instituídas pelo poder público</u>** (privadas ou públicas), é dispensável essa fiscalização, independente da natureza da entidade, haja vista que o controle finalístico já é exercido pela respectiva Administração Direta. Ressalto que as fundações privadas instituídas pelo poder público não se submetem integralmente ao CC, por isso mesmo, uma das regras que não incide é esta.

6. <u>AUTARQUIA</u>

6.1. CONCEITO

Autarquia é uma PJ de direito público, é criada ou extinta por lei, tem finalidade própria, não tem fins lucrativos, é sujeita a controle pela administração direta.

Tem como objetivo desenvolver ***atividades típicas de estado***, não se pode dar a qualquer pessoa.

Regime da autarquia é praticamente o mesmo da administração direta. Então qual a diferença? Ela não é da direta, pois a direta é ente político, tem capacidade política. A autarquia não. Ela é administrativa, serve para administrar, **não tem aptidão ou capacidade política**.

JSCF: PJ de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.

Personalidade Jurídica (JSCF): sendo criadas por lei, tem o início de sua existência no mesmo momento em que se inicia a vigência da lei criadora (estreita conexão com o princípio da legalidade).

Os seus negócios, patrimônios e recursos são próprios, haja vista que desfrutam de personalidade jurídica própria e autonomia técnica, financeira e administrativa, independentemente de sua origem. Seu patrimônio pode ser transferido pela Administração Direta ou adquirido pela autarquia diretamente, enquanto as receitas podem ser oriundas do orçamento e de sua própria atividade

6.2. REGRAS DO REGIME JURÍDICO DA AUTARQUIA

Aqui estudaremos:

- Atos da autarquia;

- Contratos da autarquia;
- Responsabilidade civil da autarquia;
- Bens autárquicos;
- Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia;
- Procedimentos financeiros das autarquias;
- Prescrição para autarquia;
- Privilégios tributários das autarquias;
- Privilégios processuais das autarquias;
- Regime de Pessoal das autarquias.

6.2.1. Atos da autarquia

Atos praticados pelas autarquias são **atos administrativos**, sendo assim têm todos os elementos, características dos atos administrativos (serão vistos oportunamente).

São autoexecutáveis.

Aplica-se o princípio da autotutela.

6.2.2. Contratos da autarquia

Contratos celebrados pela autarquia são **contratos administrativos**, portanto estão caracterizados com o dever de licitar que decorre de dois dispositivos 37, XXI da CF e no art. 1º da lei 8.666/96 (lei de licitações e contratos) e podem ter cláusulas exorbitantes.

> *CF Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*
>
> *8.666 Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

6.2.3. Responsabilidade civil da autarquia

Ela se submete ao art. 37, parágrafo 6º, CF? Sim.

CF Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade da autarquia é objetiva ou subjetiva? Hoje, a responsabilidade não só da autarquia como de todo estado é objetiva, coexistem pacificamente no Brasil as duas teorias. MAS a regra geral é OBJETIVA.

*Responsabilidade civil no Brasil

a) Objetiva: no Brasil, adota-se a objetiva quando há ação.

- Conduta

- Dano

- Nexo de causalidade entre eles.

b) Subjetiva: quando há omissão.

- Conduta omissiva

- Dano

- Nexo de causalidade

- Prova da culpa/dolo

OBS: Dano da autarquia, responsabilidade do Estado?

1ªC- Há corrente que apoia a responsabilidade solidária, não há ordem de preferência entre eles, pode-se cobrar de um, de outro, dos dois ao mesmo tempo.

2ªC - NO BRASIL, essa responsabilidade é ***subsidiária***, o Estado só vai ser chamado se a autarquia não tiver mais fundos para indenizar. Ordem, preferência. REGRA.

Responsabilidade do Estado por ato de autarquia é objetiva. **V ou F? VERDADEIRA**. O Estado responde objetiva e subsidiariamente por ato de autarquia. Exemplo: motorista de autarquia atropela pedestre, a vítima pede indenização, a autarquia não tem fundos, então a vítima terá que provar a responsabilidade objetiva da autarquia perante a vítima em face ao estado. O conjunto probatório que ela tem que usar contra o estado é o mesmo que utilizou contra a autarquia. ***Mesmo o Estado descentralizando, responderá subsidiariamente.***

Marinella: tanto faz se a PJ é de direito público ou privado, pública ou particular. A responsabilidade é objetiva, e subsidiária do Estado, isso porque é o seu dever prestar o serviço e se o transferiu e não fiscalizou, ele deve ser responsável igualmente.

6.2.4. Bens autárquicos

É bem público, segue todo regime de bem público. Características: impenhorabilidade, inalienabilidade e impossibilidade de oneração e imprescritibilidade.

Inalienabilidade: é ***inalienável de forma relativa*** ou ***alienável de forma condicionada***. Exemplo: para ele ser alienado ele deve ser desafetado + requisitos do art. 17 da lei 8666 (vários!).

Impenhorável: não pode ser objeto de penhora/arresto/sequestro. Quando acontece a penhora, o que vai acontecer ao fim é a alienação, no fim do processo o juiz não poderá adjudicar, transferir nem alienar. O fato de serem impenhoráveis decorre em consequência da inalienabilidade. Por que não pode o arresto nem sequestro? Efeito natural, não podendo alienar, de nada vai adiantar o arresto o sequestro, visto que são cautelares que na execução serão convertidas em penhora.

Exceção: é possível sequestrar dinheiro no caso de desrespeito à ordem de precatório. Há entendimento que é possível o sequestro no caso de medicamentos, desde que seja caso urgente.

Impossibilidade de oneração: decorre ainda da inalienabilidade.

Oneração = direito real de garantia = penhor e hipoteca.

Penhor = garantia fora do juízo, Penhora = garantia dentro do juízo, na execução.

Hipoteca = bens imóveis.

Imprescritibilidade: bem público não pode ser objeto de usucapião. PORÉM o estado pode usucapir bem de particular (não pode ser objeto de prescrição aquisitiva).

6.2.5. Débitos judiciais (art. 100, CF) referentes à autarquia

> *Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

Qual a garantia então que o credor irá receber o que lhe é devido? Pelo regime de precatório***. Fila própria.***

Cada autarquia tem sua fila de espera para o recebimento.

Débitos alimentares respeitam a ordem do regime de precatórios? Sim, tem uma fila específica, não é a geral.

Exemplo: do estado pagando alimentos - débitos que tem como base salário de servidor tem natureza alimentar, tendo assim fila própria.

*CNJ vai se reunir para decidir nova regra de precatórios...

6.2.6. Procedimentos financeiros das autarquias

Sendo pessoa pública, a contabilidade dela só pode ser pública e os procedimentos financeiros são públicos, respeitando a Lei 4320/64, estando sujeita a lei de responsabilidade fiscal (LC 101/00). Submete-se ao **Tribunal de Contas.**

6.2.7. Prescrição para autarquia

O prazo prescricional para ajuizar ação contra a autarquia, sendo Fazenda Pública é de 05 anos (Decreto 20910/32).

Pacífico no STJ que o prazo é de cinco anos, pois lei especial prevalece sobre o CC, princípio da especialidade.

6.2.8. Privilégios tributários das autarquias

Art. 150, VI, "a" da CF. ***Imunidade recíproca***: União não paga **impostos** para Estado e vice-versa, Município não paga para União e vice-versa, entes políticos tem imunidade recíproca para cobrança de impostos. Imunidade recíproca é apenas para **IMPOSTO**.

Esta imunidade é extensiva às autarquias pelo parágrafo 2º do Art. 150.

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *[...]*
> *VI - Instituir **impostos** sobre:*
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
> *§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é **extensiva às autarquias** e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, **vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.***

Aplicam-se as autarquias, assim como fundações de direito privado/público instituídas pelo PP. Ela paga TAXA e CONTRIBUIÇÃO.

Autarquia jamais pagará imposto? FALSO. A imunidade do 150, VI, a é somente no que tange à finalidade ESPECÍFICA da autarquia.

Exemplo: uma pessoa doa para autarquia uma propriedade rural, a autarquia até então não usou a propriedade, não deu finalidade nenhuma para a propriedade: ela vai pagar o imposto inerente a ela, ela só não pagará se estiver ligada à finalidade específica. Então se ela tem renda, patrimônio etc., e não está ligado à finalidade específica, ela poderá pagar imposto.

6.2.9. Privilégios processuais das autarquias

4) *Prazo dilatado: art. 183 do NCPC*

> *Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal*

Autarquia tem prazo em dobro para todas as suas manifestações.

OBS: se o procedimento for da lei específica, MS etc., será o da lei específica. Esta é a regra geral, mas não é a regra absoluta. Exemplo: MS.

5) *Reexame necessário/recurso de ofício.*

É uma condição de eficácia da sentença proferida contra o Poder Público, previsto no art. 496 do CPC.

> *Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
> *I - Proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;*
> *II - Que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.*
> *§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.*
> *§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.*
> *§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:*
> *I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;*
> *II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;*
> *III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.*
> *§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:*
> *I - Súmula de tribunal superior;*
> *II - Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
> *III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*
> *IV - Entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.*

Há determinadas circunstâncias em que a sentença não transita em julgado, para que isso ocorra é necessária a confirmação da sentença pelo tribunal.

O reexame necessário ocorre apenas do primeiro para o segundo grau.

Os §§ 3º e 4º do art. 496 traz as exceções ao reexame necessário.

6) Competência

Tratando-se de Autarquia Federal, a competência será da Justiça Federal. Também será da competência da Justiça Federal o julgamento de mandados de segurança contra atos de autoridade federal, como é o caso dos agentes de autarquias federais.

Quando se tratar de uma autarquia estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual, conforme disposições da lei estadual de organização judiciária.

7) Súmula 483 do STJ

STJ – Súmula 483: O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.

Sendo o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS autarquia federal equiparada em prerrogativas e privilégios à Fazenda Pública, nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.620/93, não lhe é exigível o depósito prévio do preparo para fins de interposição de recurso, podendo efetuá-lo ao final da demanda, se vencido (Código de Processo Civil, artigo 27).

Essa súmula, contudo, não trata de isenção do pagamento de custas ou despesas processuais para o INSS. Ela afirma apenas que o INSS não precisa fazer o depósito ***prévio*** do preparo, podendo fazer apenas ao final, caso seja vencida.

Em outras palavras, a súmula em questão afirma que se aplica ao INSS o art. 27 do CPC e o art. 1ºA da Lei n.° 9.494/97:

Código de Processo Civil:

Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

Lei n.°9.494/97:

Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

6.2.10. Regime de pessoal das autarquias

Se a PJ é de direito público, quem trabalha nela é servidor público (regra geral).

Celetista (CLT) ou estatutário? Cronologia histórica:

CF/88 Original: dizia que servidor público estava sujeito ao regime jurídico único. O regime devia ser um só. OU todos estatutários ou todos celetistas. O Brasil, na maioria dos entes era estatutário, mas alguns Municípios adotaram regime celetista, o que não se permitia era a mistura.

EC 19/98: aboliu o regime jurídico único substituindo-o pelo regime múltiplo. Era possível os dois regimes ao mesmo tempo, na mesma PJ poderíamos ter estatutários e celetistas, dependeria da lei, se a lei cria cargo – estatutário, se a lei cria emprego - celetista (CLT). Como muitos já tinham estatutário, preferencialmente se manteve.

ADIN 2135: STF reconheceu a inconstitucionalidade formal do art. 39. Houve erro no procedimento, projeto foi aprovado na primeira casa 2x, na segunda foi alterado substancialmente, não devolveram à 1ª, sendo assim não cumpriram o procedimento legislativo exigido. **JSCF:** Suspensão da eficácia do dispositivo, ensejando o retorno da norma anterior e, por conseguinte, do regime único.

O efeito da cautelar da ADI foi EX NUNC, portanto daqui para frente não se poderá mais misturar os regimes, e os que já estão misturados será decidido futuramente no mérito.

Então, após esta ADI em sede de cautelar o regime é ÚNICO. NÃO significa estatutário, mas este é o preferencial para União, Estados, Municípios. Porém, se cair na prova que na União o regime é estatuário, é sim, mas pode ser que tenha celetista. No âmbito federal temos o regime estatutário porque a Lei 8.112 determinou assim.

Alguns doutrinadores chegaram afirmar que TINHA que ser regime estatutário, mas voltaram no posicionamento, dizendo que tem que ser um só regime, mas não necessariamente o estatutário.

6.3. CONSELHOS DE CLASSE

Surge **inicialmente** com natureza de **autarquia**. Porém, com a Lei 9649/98 conselhos de classe se tornam PJ de direito PRIVADO.

Serve para controlar, fiscalizar (incluindo aplicar sanção) às diversas categorias profissionais, tem **PODER DE POLÍCIA**.

ADI 1717 - STF reconhece então que Conselho de Classe não pode ter natureza privada, porque exercem poder de polícia, e este, em nome da segurança jurídica não pode ser dado em mãos do particular.

Com esta ADI, os conselhos voltam a ter a natureza de AUTARQUIA (poder de polícia não pode ser delegado ao particular).

O Conselho de Classe enquanto autarquia tem 05 características:

O que se aprendeu em autarquia serve para este conselho;

Anuidade (contribuição) dos Conselhos de classe **tem natureza tributária (regra geral).** Então, o não pagamento gera a execução fiscal (autarquia cobrando tributo);

Estão sujeitas às regras de contabilidade pública/sujeitas a controle pelo Tribunal de Contas;

Estão sujeitas a **concurso público**.

Resumindo:

- Celetista até a edição da CF/88;

- ESTATUTÁRIO (CF/88 e Lei 8.112/90): Entre a CF/88 até a edição da Lei 9.649/98
- CELETISTA (art. 58, § 3º da Lei 9.649/98): Entre a edição da Lei 9.649/98 até o julgamento da ADI 2.135-DF (02/08/2007)
- ESTATUTÁRIO De 02/08/2007 (julgamento da ADI 2.135-DF) até os dias atuais.

6.4. OAB

Ponto feito com base nas informações do Dizer o Direito (https://www.dizerodireito.com.br/2018/11/tcu-decide-que-ira-fiscalizar-as-contas.html)

De acordo com o STF:

> *(...) A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. (...) STF. Plenário. RE 405267, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/09/2018.*

Em razão disso, até agora prevalecia o entendimento de que as contas da OAB não estavam sujeitas à prestação de contas ao TCU. Havia uma decisão do Plenário do TCU dispensando a OAB dessa prestação de contas: Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário.

Argumentos da OAB:

A OAB invoca três argumentos para evitar a submissão de suas contas ao TCU:

1) existiriam duas decisões judiciais transitadas em julgado nas quais teria sido reconhecido que a OAB não teria que se submeter ao TCU:

• RMS 797, do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR);

• ADI 3.026/DF, do STF.

2) a OAB não é autarquia típica, não integra a administração pública, não se submete ao controle da administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada, sendo serviço essencial à justiça, o qual necessita de autonomia e independência.

3) os recursos geridos pela OAB não têm natureza tributária.

Mudança de entendimento do TCU:

Alterando o seu entendimento anterior, o TCU decidiu em 07/11/2018 que as contas da OAB devem também ser analisadas e julgadas pelo Tribunal (Processo TC 015.720/2018-7).

Principais argumentos do TCU apresentados pelo Min. Bruno Dantas:

1) NÃO HÁ COISA JULGADA QUE IMPEÇA A REAPRECIAÇÃO DO TEMA

Decisão administrativa do TCU

Inicialmente, o TCU afirmou o seguinte: a "coisa julgada", protegida pelo art. 5º, XXXVI, da CF/88, é um atributo das decisões judiciais. Isso significa que a decisão administrativa do TCU no sentido de que a OAB não está sujeita à prestação de contas pode sim ser revista pelo próprio TCU.

Assim, é natural que o TCU revisite temas apreciados no passado, especialmente relacionados ao limite de sua competência, a qual depende da compreensão de cada época a respeito de categorias jurídicas.

RMS 797

O Recurso em Mandado de Segurança 797 do extinto Tribunal Federal de Recursos, invocado pela OAB, foi julgado em 1951, na vigência da Constituição Federal de 1946.

O principal fundamento para essa decisão do RMS 797 foi a de que as anuidades cobradas pela OAB não tinham natureza tributária. Logo, não sendo tributos, não haveria razão para o TCU fiscalizar tais recursos.

Ocorre que, no decorrer de todos esses anos, houve uma profunda mudança no arcabouço jurídico que fundamentou essa decisão, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988.

A CF/88 ampliou sensivelmente a competência do Tribunal de Contas da União, robusteceu os instrumentos de controle, potencializou o dever de transparência das instituições, e definiu, com maior rigor, a natureza tributária de determinadas receitas.

Além disso, a Constituição de 1988 definiu que as contribuições compulsórias cobradas pelos conselhos profissionais são "contribuições de interesse das categorias profissionais" (art. 149), ou seja, possuem natureza jurídica de tributo.

Assim, se levarmos em conta essa mudança e cotejarmos com a ratio decidendi do RMS 767, chegaremos à conclusão de que um dos fundamentos essenciais do RMS 797 foi alterado, qual seja, o de que as contribuições por ela colhidas dos seus inscritos não constituem tributo.

ADI 3026/DF

A ADI 3.026/DF não tratou do dever de prestar contas da OAB perante o TCU.

O pedido da ADI ajuizada pelo Procurador Geral da República foi para declarar a inconstitucionalidade do trecho final do §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/94 e, com isso, declarar que a OAB deveria sim fazer concurso público para o provimento de seus cargos.

Esse era o objeto da ADI, que foi julgada improcedente. Ou seja, o que o STF decidiu e fez coisa julgada foi unicamente que OAB não precisa fazer concurso público.

Toda a fundamentação construída na citada ação foi dirigida ao pedido. Logo, os argumentos utilizados na ADI 3.026/DF não podem ser transportados para um outro tema absolutamente distinto, qual seja, a discussão se a OAB deve ou não prestar contas ao TCU.

2) DA INSERÇÃO DA OAB COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

O Decreto-lei 200/1967, o qual foi recepcionado pela CF/1988, assim define Administração Federal:

> *Art. 4º A Administração Federal compreende:*
> *I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;*
> *II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:*
> *a) Autarquias;*
> *b) Empresas Públicas;*
> *c) Sociedades de Economia Mista.*
> *d) fundações públicas.*

Mais adiante, em seu art. 5º, I, o DL 200/1967 conceitua autarquia:

> *Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*
> *I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

Para o TCU, a OAB preenche todos os requisitos descritos na lei para se enquadrar como autarquia, ou seja, consiste em:

• serviço autônomo

• criado por lei

• com personalidade jurídica

• patrimônio e receita próprios

• para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

A característica de serviço autônomo, com personalidade jurídica, está expressamente descrita no art. 44 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Confira:

> *Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:*
> *(...)*

O Ministro Bruno Dantas apontou que

> *"(...) a OAB desempenha atividade típica da Administração Pública. A atividade de fiscalização é, por essência, uma atividade de Estado, pois interfere diretamente na liberdade individual. É reflexo do poder soberano da sociedade em relação ao indivíduo que, por esse motivo, só pode ser exercido pelo Estado, de forma direta (Administração Pública Direta) ou indireta (Administração Pública Indireta)."*

E o art. 44, § 1º do Estatuto da OAB?

O art. 44, § 1º da Lei nº 8.906/94 prevê que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico".

A interpretação no sentido de que a OAB é uma autarquia não viola esse art. 44, § 1º. Isso porque esse dispositivo legal serve apenas para afirmar que a OAB é uma entidade autônoma e independente, não estando subordinada a qualquer órgão da administração pública.

É só isso que o dispositivo quer dizer.

Ocorre que essa ausência de subordinação ou vínculo não significa dizer que a OAB não está sujeita ao controle do TCU. Ela não mantém subordinação, mas deve prestar contas.

O TCU não exerce, em hipótese alguma, nem o poder hierárquico, nem o poder funcional, sobre seus jurisdicionados.

O que o TCU faz é apenas o controle externo da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos recursos públicos que qualquer pessoa física ou jurídica receba.

Imaginar de forma diversa, seria o mesmo que dizer que órgãos da Justiça, como o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ou os órgãos e entidades essenciais à Justiça, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, estariam vinculados hierarquicamente ou funcionalmente ao TCU por estarem sujeitos ao seu controle.

3) DA NATUREZA PÚBLICA DOS RECURSOS GERIDOS PELA OAB

Os recursos geridos pela OAB são recursos públicos?

O TCU entendeu que sim.

O fundamento principal foi o art. 149 da CF/88.

Para o TCU, as anuidades cobradas pela OAB são classificadas como contribuições de fiscalização profissional (art. 149 da CF/88). Logo, possuem natureza de tributo.

Veja o que diz o art. 149:

> *Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

É importante frisar que o art. 149 está inserido no Título VI da CF, que trata “Da Tributação e do Orçamento" e sob o Capítulo I, que estabelece normas sobre o "Sistema Tributário Nacional”.

Assim, sob a óptica da própria Constituição Federal, as contribuições de interesse das categorias profissionais constituem tributo.

A compulsoriedade das contribuições dos advogados inscritos na OAB reforça a natureza tributária dos recursos.

Em suma, o TCU entendeu que:

• A OAB possui natureza jurídica de autarquia.

• Os recursos que a OAB administra são recursos públicos considerando que as anuidades são contribuições enquadradas no art. 149 da CF/88 sendo, portanto, consideradas como tributos.

• Sendo uma autarquia que gerencia recursos públicos, a OAB se submete à jurisdição do Tribunal de Contas do TCU e, portanto, deve ser incluída como unidade prestadora de contas.

• Em outras palavras, a OAB tem o dever de prestar contas ao TCU.

Processo TC 015.720/2018-7

Modulação dos efeitos

Como vimos no início, o antigo entendimento do TCU era no sentido de que a OAB não precisa prestar contas (Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário). Desse modo, houve uma mudança de posição.

Diante disso, o TCU decidiu fazer uma espécie de modulação dos efeitos a fim de que a OAB tenha tempo para se organizar para apresentar essa prestação de contas.

Conforme afirmou o Ministro Raimundo Carreiro:

> *“Como se sabe, a inserção de uma unidade jurisdicionada na sistemática de apresentação de relatórios de gestão e de prestações de contas adotada por este Tribunal requer diversas adaptações organizacionais, com alocação e treinamento de pessoal, padronização de rotinas, desenvolvimento ou adaptação de sistemas informatizados e outros procedimentos cuja implementação – de natureza complexa – demanda esforços operacionais e, por conseguinte, uma cota razoável de tempo. Essa necessidade de prazo razoável se justifica com muito mais razão quando ponderamos a complexidade da estrutura da OAB, com unidades seccionais fincadas em todos os Estados e no Distrito Federal, subdivididas em centenas de subseções, a disciplinar a atuação de mais de um milhão de advogados no País.”*

Assim, o TCU decidiu que o novo entendimento fixado deverá ser implementado somente a partir de 2020. Em outras palavras, quando for em 2021, a OAB deverá fazer a prestação de contas ao TCU dos recursos que recebeu em 2020.

Resposta da OAB

O Presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, divulgou nota afirmando que "a decisão do TCU não possui validade constitucional". Confira a íntegra:

> *"A decisão administrativa do Tribunal de Contas da União não se sobrepõe ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Na ADI 3026/DF, o plenário do STF afirmou que a Ordem dos Advogados do Brasil não integra a administração pública nem se sujeita ao controle dela, não estando, portanto, obrigada a ser submetida ao TCU. A OAB concorda com a posição do Ministério Público junto ao TCU, para quem uma eventual decisão do órgão de contas no sentido de rever a matéria significa o descumprimento do julgado do STF. A OAB, que não é órgão público, já investe recursos próprios em auditoria, controle e fiscalização, sendo juridicamente incompatível gastar recursos públicos, hoje tão escassos, para essa finalidade. A decisão do TCU não cassa decisão do STF, logo não possui validade constitucional."*

Isso significa que certamente a OAB irá questionar a decisão do TCU no STF.

Prognóstico no STF

É difícil fazer um prognóstico de como o STF irá decidir o tema. No entanto, uma análise é certa: o STF não considera a OAB como sendo uma autarquia. Para o STF, a OAB não integra a Administração Pública. Isso é praticamente pacífico no Tribunal e foi agora recentemente reafirmado:

> *(...) A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. (...) STF. Plenário. RE 405267, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06/09/2018.*

Desse modo, entendo ser improvável que o STF mude de posição quanto à natureza jurídica da OAB.

Por outro lado, o STF poderá validar o entendimento do TCU com base em outro fundamento: a natureza pública dos recursos geridos pela OAB. Esse é um argumento, a meu sentir, que pode ser acolhido pelo Supremo.

Assim, o STF poderá, em tese, afirmar o seguinte: a OAB não é uma autarquia, não integra a Administração Pública, no entanto, a despeito disso, deverá prestar contas ao TCU em virtude de arrecadar, gerenciar e utilizar recursos públicos (anuidades), nos termos do art. 70, parágrafo único da CF/88:

> *Art. 70 (...)*
> *Parágrafo único. Prestará 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.*

É impossível, contudo, como já dito, fazer previsões concretas. Será necessário aguardar o pronunciamento definitivo do STF.

6.5. AUTARQUIAS TERRITORIAIS

O território tem finalidade política. É **incompatível** com a finalidade da AUTARQUIA. O território foi colocado como autarquia, por não ter melhor forma de alocá-lo. Foi uma decisão histórica, de momento.

6.6. AUTARQUIA DE REGIME ESPECIAL

6.6.1. Conceito e histórico

É uma autarquia. Tudo que já vimos até agora serve, porém possui algumas peculiaridades.

Foram utilizadas inicialmente para nossas Universidades Públicas, em que o reitor é escolhido por eleição, discentes, docentes e funcionários elegem, tem uma escolha de dirigente diferente da autarquia normal, em que o dirigente é escolhido pelo chefe do executivo que nomeia e exonera quando quiser.

E em razão da **autonomia pedagógica** (montam seu sistema de ensino). Por isso, eram ditas e são ditas ainda autarquias de regime especial.

A partir de 1995, o governo brasileiro instituiu a Política Nacional das **Privatizações**. Estado privatizou algumas empresas, vendeu-as. Neste contexto, alguns serviços foram transferidos ao particular, mas não efetivamente vendidos, foram transferidos na execução e não verdadeiramente privatizados.

Então, o Estado percebeu que este termo não servia para todas as situações, pois nem todas estavam sendo vendidas, algumas vezes fazia-se concessão, o que começou a ser chamado de **desestatizações**. Em algumas, então, o serviço continuava público, mas transferido ao particular. Com a introdução da Política Nacional das DESESTATIZAÇÕES (termo mais correto), o Brasil vê a necessidade de que sendo transferido o serviço ao particular, o serviço deve ser fiscalizado, controlado, então se cria as ***agências reguladoras***. Estas nada mais são que **autarquias de regime especial, as quais irão fiscalizar**.

Privatização # desestatização ←→ vender a execução # transferir a execução

6.6.2. Agência reguladora

Função é a mesma que o estado já exercia. O que faz ela ter essa especialidade de "regime especial"? Regime especial está ligado a FUNÇÃO da agência reguladora.

Têm as seguintes **prerrogativas**:

1ª Poder normativo técnico;

2ª Independência administrativa;

3ª Autonomia decisória;

4ª Autonomia econômico-financeira.

Vejamos:

1) Prerrogativa: Poder normativo técnico.

Regulamentar, fiscalizar, regular as diversas atividades. Esta função é uma função que define normas técnicas complementares à previsão legal. A agência não tem autonomia política, então todo o normatizar da agência se restringe a normas técnicas e normas técnicas complementares à previsão legal, ela não pode fugir do que está previsto em lei.

José dos Santos Carvalho Filho (JSCF)**:** Retrata um poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum).*

Para que a agência tenha essa função, para que seja realmente eficiente, precisará de ***mais autonomia que as demais autarquias.***

JSCF**:** esse fenômeno, já conhecido em outros sistemas jurídicos, tem sido denominado de "***deslegalização"***, considerando que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei.

2) Prerrogativa: Independência administrativa.

Nomeação especial (investidura especial). Na via normal, o chefe do executivo nomeia o dirigente da autarquia, mas, excepcionalmente, na ***agência reguladora*** dependeremos da aprovação do Senado Federal. Precisaremos para escolha do dirigente da agência: Senado Federal + Presidente (art. 52 da CF).

> *Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
> *III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:*
> *d) Presidente e diretores do banco central;*
> *f) titulares de outros cargos que a lei determinar;*

Mandato com prazo fixo. Uma vez escolhido o dirigente, ele assumirá o mandato com prazo fixo. O presidente fica amarrado à escolha do dirigente, ele só poderá sair do cargo por condenação judicial ou administrativa, renúncia ou findo o mandato.

Cada agência tem seu prazo em lei específica. Tem um projeto de lei tramitando no congresso o qual seria que o dirigente seria escolhido no primeiro ano e ficaria os 03 outros anos seguintes, seriam 04 anos, acompanhando o presidente, evitando problemas.

Atualmente cada agência tem seu prazo (02, 03 ou 04 anos).

OBS: há prazos de até 7 anos, o que vem sendo objeto de controle de constitucionalidade, isto porque o nomeado tem prazo maior do que o nomeante.

Quando encerrado esse mandato se o dirigente decidir trabalhar em uma empresa que seja concernente a sua atividade anterior, do mesmo ramo (exemplo: dirigente da Anatel, termina o mandato e vai trabalhar na BRTELECOM) ***e as informações privilegiadas as quais ele teve acesso no seu mandato?*** A empresa irá se beneficiar, poderá ocorrer licitações fraudulentas.

Para frear este tipo de conduta, é criada a "**quarentena**". Graças à quarentena ele fica impedido de trabalhar na iniciativa privada naquele mesmo ramo de atividade, nada impedindo de ele trabalhar na administração da iniciativa privada de OUTRO ramo.

Qual o prazo da "**quarentena**"? QUATRO MESES. Excepcionalmente em algumas agências, doze meses. Nesse período ele continua recebendo a remuneração de dirigente.

Teoria da Captura ("Capture Theory") – doutrina pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.

3) Prerrogativa: Autonomia decisória.

O poder revisional exaure-se no âmbito interno. É inviável juridicamente, eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa a que se vincula a autarquia.

Exceção: entendimento no sentido de poderem os Ministérios exercer poder revisional de ofício ou por provocação (***recurso hierárquico impróprio***), quando as agências ultrapassem os limites de sua competência ou contrariem políticas públicas do governo central.

4) Prerrogativa: Autonomia econômico-financeira.

Têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para a gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins que a lei as destinou.

Daí a instituição de "***taxas de regulação***", das quais são contribuintes as PJ que executam atividades sob o controle da agência.

6.6.3. Exemplos de agências reguladoras para regular serviços públicos

1) ANEEL (agência nacional de energia elétrica)
2) ANATEL (agência nacional de telecomunicações)
3) ANS (agência nacional de saúde)
4) ANVISA (agência nacional de vigilância sanitária)
5) ANTT (agência nacional de transportes terrestres)
6) ANTAQ (agência nacional de transportes aquaviários)

7) ANAC (agência nacional de aviação civil) – Criada após o acidente da GOL.

6.6.4. Exemplos de agências reguladoras para fiscalizar bens públicos

1) ANA (agência nacional das águas)
2) ANP (agência nacional do petróleo)
3) ANCINE (agência nacional de cinema) – criada por MP, que até hoje não foi convertida em lei, anterior da EC 45/04. Para fomentar o cinema no Brasil.

CRÍTICA: criação desenfreada de agências, não tem a eficácia esperada.

CUIDADO – nem tudo que tem nome de agência é agência reguladora. Temos instituição com nome de agência que é autarquia, que é órgão público, temos agência que é agência reguladora, mas não tem nome de agência.

Autarquias:

ADA (agência de desenvolvimento da Amazônia)

ADENE (agência de desenvolvimento do nordeste)

AEB (agência espacial brasileira)

Órgão

ABIN (agência brasileira de inteligência - órgão da administração direta) – JSCF diz que é Agência Executiva.

Natureza de agência reguladora, mas que não ganhou o nome de agência:

CVM (Comissão de Valores Mobiliários) – efetivamente agência reguladora.

JSCF**:** INMETRO (agência nacional de metrologia, normatização e qualidade industrial)→ Agência Executiva.

Dica1**:** para AGU, estudar lei 9986 e para concurso de agência X, lei da agência X. Para outros concursos a parte geral das agências, não precisa ir além.

Dica2: normalmente nos concursos é utilizado o nome de “agência X” para se referir a uma regra geral, cuidado. Geralmente, a pergunta não é específica sobre tal agência.

6.6.5. Agências executivas

Nasceram pela lei 9649/98 - não é uma leitura obrigatória. Esta lei cria as agências executivas nas seguintes situações:

Natureza: Nada mais é do que uma autarquia ou fundação pública. Sendo que esta autarquia ou fundação pública estava precisando se tornar eficiente, e para isso realizou um plano estratégico de reestruturação. Ideal da agência executiva foi a busca pela eficiência.

Para buscar essa eficiência é elaborado um plano **estratégico de reestruturação**, com ele, a agência vai até a administração direta e celebra **um *contrato de gestão com o Ministério Supervisor*** (contrato de gestão surgiu no nosso ordenamento jurídico para definir aqueles celebrados entre dois entes da administração).

Celebra a autarquia/fundação o contrato de gestão com Administração Direta. A autarquia/fundação recebe da administração Direta:

+ Autonomia.

+ Recurso público ($).

Celebrado o contrato, através de um ***DECRETO do Presidente da República (PR***), será reconhecido o status de agência executiva.

Este status é *TEMPORÁRIO*. Encerrado o contrato, a agência executiva, volta a ser autarquia/fundação.

Exemplo desta autonomia: Dispensa de Licitação em valor dobrado (art. 24, §1º da lei 8666), REGRA: limite de 10% do convite.

> *Art. 24*
> *§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.*

O §1º diz que as autarquias/fundações qualificadas como agências executivas, ganham o limite dobrado para a dispensa de licitação (20%).

Exemplo: de agência executiva: ADA, ADENE, INMETRO.

Críticas da doutrina: obrigação da agência é ser eficiente. Prestigia pessoas da administração que estão ineficientes, dando mais dinheiro e mais autonomia, garantindo mais do que a própria lei que as criou.

Agência Reguladora # Agência Executiva

A base da atuação da agência executiva é a **OPERACIONALIDADE**, ou seja, visam à efetiva execução e implementação da atividade descentralizada, diversamente da **FUNÇÃO DE CONTROLE**, esta alvo primordial das agências reguladoras (função precípua de exercer controle sobre particulares prestadores de serviços públicos).

"AUTARQUIAS 'LATO SENSU'"	AUTARQUIA	AGÊNCIA REGULADORA (autarquia em regime especial)	AGÊNCIA EXECUTIVA
CRIAÇÃO	Lei	Lei	**Lei → Autarquia ou Autarquia Fundacional → Contrato de gestão + Decreto presidente.**
NATUREZA JURÍDICA	Direito público	Direito público	Direito público
ATIVIDADES	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados)	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados). **Fiscalização e controle.**	Serviços públicos de natureza social e atividades administrativas (descentralizados). **Efetiva execução das atividades administrativas.**
LICITAÇÃO	Sim. Lei 8666/93	Sim. Lei 8.666/93 **(específica: "Consulta")**	Sim. Lei 8.666/93. **Dispensa 20% (dobro).**
REGIME PESSOAL	**CF/88 Original:** regime único. **EC 19/98:** regime múltiplo. **ADIN 2135:** regime múltiplo inconstitucional. Volta regime único. *Preferencialmente estatutário.	Regime estatutário. *Antes: Contratos temporários (ADI) + ~~Celetista.~~	Regime único.
CONCURSO	Com concurso.	Com concurso.	Com concurso.
RESPONSABILIDADE CIVIL	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.	Responde pelos agentes. Regra: objetiva.
JUÍZO COMPETENTE	Depende do instituidor. Ex: União → JF.	Depende do instituidor. Ex: União → JF.	Depende do instituidor. Ex: União → JF.
CONTROLE DOS ATOS	TC, Judicial e Supervisão ministerial (**finalístico**)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (recurso hierárquico impróprio)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.	Imunidade recíproca. **Imposto** → atividade fim.
PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS	Fazenda pública.	Fazenda pública.	Fazenda pública.
DÉBITOS JUDICIAIS	Precatórios	Precatórios	Precatórios
BENS	Impenhoráveis	Impenhoráveis	Impenhoráveis
PECULIARIDADES		* Poder normativo técnico * Autonomia decisória *Independência administrativa (*capture theory)* *Autonomia econômico-financeira	+ Recursos $ +Autonomia
ESCOLHA DO DIRIGENTE	Presidente	Presidente + aprovação do Senado (art. 52, III, 'f')	Presidente (antes de ser AE era uma autarquia ou fundação...).

EXEMPLO	INCRA, INSS, UFRJ, OAB* (entidade "sui generis"), CREA, CRM…	ANEEL, ANATEL, ANP, ANAC, ANVISA…	INMETRO…

7. EMPRESAS ESTATAIS (Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública)

7.1. INTRODUÇÃO

Nem toda empresa que o Estado tenha parte ou que o Estado é dono, configura empresa pública ou sociedade de economia mista. Para ser tal, tem que ter tratamento próprio, regime próprio.

Regime Jurídico é o mesmo para empresas públicas e para as sociedades de economia mista.

OBS: nem sempre empresa estatal será SEM ou EP, nem sempre estará na administração, existem empresas estatais que estão fora.

Em 30 de junho de 2016, foi publicada a lei 13.303/16 que dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mantendo as regras anteriormente aplicáveis a essas entidades, no que tange à formação societária, organização do capital e finalidades precípuas e criando novas disposições detalhadas.

7.2. EMPRESA PÚBLICA (CARACTERÍSTICAS GERAIS)

Natureza jurídica: pessoa jurídica de DIREITO PRIVADO. O nome "pública" diz respeito ao CAPITAL.

Não é um regime TOTALMENTE privado. Terá parte pública e parte privada ("**regime híbrido**", misto), mas é pessoa de direito privado.

Capital EXCLUSIVAMENTE público. Isso NÃO significa ser de um único ente, posso ter em uma empresa pública a união e o estado, autarquia e estado, município e autarquia.

O art. 3º da Lei 13.303/2016 afirma que as empresas públicas são criadas com capital 100% do Estado, admitindo-se a participação societária de qualquer entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, mas vedando a participação de particulares.

> *Art. 3º 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.*
> *Parágrafo único. 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***.

Empresa pública pode ter duas finalidades:

-Pode prestar serviço público;

-Pode explorar atividade econômica.

Pode ser constituída de ***qualquer modalidade empresarial***. Poderia aqui uma Limitada, uma S.A. (de capital fechado).

7.3. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Natureza jurídica: pessoa jurídica de DIREITO PRIVADO.

Capital MISTO. Cuidado: MAS, a maioria do capital ***votante***, deve estar nas mãos do poder público (há capital que dá direito a voto e que não dá. Ver empresarial: ações **ordinárias**/preferenciais). O poder público deve estar no comando, na direção dessa pessoa jurídica.

Nesse sentido, o art. 4º da Lei 13.303/2016, vejamos:

> *Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.*
> *§ 1º A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.*
> *§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.*

Finalidades: também presta serviço público ou pode ser exploradora da atividade econômica.

NECESSARIAMENTE deve ser constituída na forma de S.A., sociedade anônima.

EP	SEM
Capital exclusivamente público**.**	Capital Misto
Constituição por QUALQUER modalidade	Constituição NECESSARIAMENTE na

empresarial**.**	forma de S.A.
Competência - Art. 109 da CF, *EP federal*, competência para julgamento das ações**.** Competência da JUSTIÇA COMUM FEDERAL**.**	Competência – não está no 109 da CF, então competência é da JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. PORÉM, se a União for interessada nesta ação, ela irá para JF, não por causa da SEM, mas por causa da UNIÃO.

Empresas públicas estaduais e municipais: Justiça Estadual.

7.4. REGIME APLICÁVEL x ATIVIDADE NA EP e SEM

Se prestarem SERVIÇO PÚBLICO, derroga-se o regime privado e prevalece o público. Se elas exploram ATIVIDADE ECONÔMICA, derroga-se o público e prevalece o regime privado.

EP e SEM podem explorar atividade econômica quando? Art. 173 da CF.

> ***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.*

Segurança nacional e relevante interesse coletivo é interesse público.

§1 º do art. 173: diz que essas pessoas poderão ter estatuto próprio por meio de lei específica.

> *§ 1º A lei estabelecerá o* ***ESTATUTO JURÍDICO*** ***da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*** *que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]*

Em 2016, editou- o Estatuto das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.

7.5. REQUISITO DA TRANSPARÊNCIA

Consoante disposição legal, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência, previstos no art. 8º do Estatuto das Empresas Estatais.

> *Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:*
> *I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de*

objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;
II - Adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;
III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;
IV - Elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;
V - Elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
VI - Divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;
VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;
VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;
IX - Divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Ademais, a lei exige a criação de estrutura de viabilize o **controle interno** da entidade, inclusive com auditoria interna realizada pelo **Comitê de Auditoria Estatutário**, que será formado por, no mínimo 3 e, no máximo, 5 membros, em sua maioria independentes, sendo que, ao menos um desses membros deve ter experiência em assuntos de contabilidade societária.

Esse Comitê ficará responsável por opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente, supervisionar as atividades dos auditores independentes e as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista, além de monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, entre outras atividades.

Ressalte-se, ainda, que o art. 12 da lei permite que as **controvérsias entre os acionistas poderão ser solucionadas por meio de arbitragem**, desde que haja previsão no estatuto social.

7.6. CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E CONSELHO FISCAL

A empresa estatal deverá organizar seu Conselho de Administração que ficará responsável pela gestão da entidade e que deverá ser composto por, no mínimo, 7 e, no máximo, 11 membros, sendo que, ao menos 3 serão designados como Diretores da estatal.

Os membros do Conselho de Administração deverão demonstrar **Experiência profissional, formação acadêmica compatível** e **não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade**. Além disso, o diploma legal dispõe ser vedada a indicação para o referido Conselho ou Diretoria:

> *I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;*
> *II – De pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;*
> *III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;*
> *IV – De pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;*
> *V – De pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.*

O Conselho de Administração ficará responsável pela gestão da empresa, devendo discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes, assim como implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que está exposta a empresa pública ou a sociedade de economia mista, inclusive os riscos relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e os relacionados à ocorrência de corrupção e fraude.

Da mesma forma, deverá estabelecer política de porta-vozes visando a eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e as dos executivos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e avaliar os diretores da empresa pública ou da sociedade de economia mista, nos termos do controle interno, podendo contar com apoio metodológico e procedimental do comitê estatutário.

Ressalte-se, ainda que o **Conselho deve ser composto, no mínimo, por 25% de membros independentes**, garantindo-se o mínimo de 1 membro nessa condição. Esse **conselheiro independente** não terá qualquer vínculo com a empresa estatal, ressalvada a participação societária e não poderá exercer função de direção nas entidades da Administração Direta, sendo, ainda, vedada a atuação dele como fornecedor ou comprador de bens e serviços da empresa.

O **Conselho Fiscal**, por sua vez, será composto por pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa

7.7. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS: EP E SEM

7.7.1. Licitação das EP e SEM

Prestadoras de serviço público que, portanto, tem um regime mais público do que privado, devem estar sujeitas a licitação.

> *CF Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*
>
> *Lei 8.666 Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
> *Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as EMPRESAS PÚBLICAS, as SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Quando a EP e SEM explora atividade econômica, o art. 173, §1º da CF diz que PODERÃO ter estatuto próprio para licitações e contratos. Em 2016, a Lei 13.303, finalmente, trouxe as regras de licitação, conforme veremos abaixo.

1. Dispensa e Inexigibilidade (Lei 13.303/2016)

Inicialmente, cumpre ressaltar que a lei 13.303/16 estabelece situações de contratações diretas por meio de dispensa e inexigibilidade de licitação.

As hipóteses de dispensa estão taxativamente expostas no art. 29 da referida lei, que permite a contratação direta, em razão de dispensa:

> *Art. 29. 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;
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;
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 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 nº 10.973, de 2 de dezembro de 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;*
> *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.*
> *§ 1º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso VI do caput, 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.*
> *§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*
> *§ 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput 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.*

Por seu turno, a **inexigibilidade de licitação** estará presente sempre que se demonstrar a **inviabilidade de competição**. Neste sentido, o art. 30 da lei 13.303/16 dispõe acerca de algumas hipóteses em que se configura a contratação direta com base neste entendimento.

Lembrando-se que se trata de um rol meramente exemplificativo. Com efeito, a lei dispõe:

> *Art. 30. 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;*

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.
§ 1º 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 indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 2º Na hipótese do caput e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado, pelo órgão de controle externo, sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.
§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I - Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
II - Razão da escolha do fornecedor ou do executante;
III - justificativa do preço.

Em ambos os casos, em que se admita a contratação sem a realização do certame licitatório, o processo de contratação direta será instruído, no que couber, com a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso, razão da escolha do fornecedor ou do executante e justificativa do preço. Sendo assim, não obstante a desnecessidade do processo de licitação, deverá ser instaurado um processo simplificado justificador da situação excepcional

2. Modalidades e regras aplicáveis

O art. 32, IV da lei 13.303/16 prevê que o **pregão** deverá ser a modalidade licitatória preferencialmente utilizada nas contratações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Saliente-se que a lei deixa claro o **caráter preferencial** – e não exclusivo – desta modalidade licitatória, que somente será escolhida quando for cabível, nos moldes da legislação vigente, ou seja, para aquisição de bens e serviços comuns. Com efeito, não se pode utilizar o pregão para a execução de obras ou alienação de bens pelas empresas estatais.

Ademais, as licitações deverão atentar para a **sustentabilidade ambiental** e **acessibilidade para pessoas com deficiência** ou com mobilidade reduzida.

5) Tipo de licitação e intervalo mínimo

Inicialmente, deve-se ter em mente que as regras e princípios aplicáveis às licitações devem ser seguidos pelas empresas estatais em seus procedimentos de seleção, razão pela qual

o instrumento convocatório deve trazer critérios objetivos de julgamento, evitando a escolha do vencedor com base em parâmetros pessoais. Nesse sentido, a lei dispõe que as licitações das estatais poderão prever 8(oito) critérios de escolha do vencedor, sendo que um deles deverá estar estipulado no edital.

São critérios de escolha do vencedor admitidos:

> *I – Menor preço;*
> *II – Maior desconto;*
> *III – melhor combinação de técnica e preço;*
> *IV – Melhor técnica;*
> *V – Melhor conteúdo artístico;*
> *VI – Maior oferta de preço;*
> *VII – maior retorno econômico;*
> *VIII – melhor destinação de bens alienados*

Outrossim, uma vez divulgado o instrumento convocatório, a Administração Pública deverá conceder prazo razoável para que os licitantes possam se preparar para a participação no certame. Neste sentido, a lei dispõe acerca do intervalo mínimo que deverá ser obedecido pelo ente público entre a publicação do edital e o início da licitação com a análise das propostas e documentações.

Esse **intervalo mínimo** varia de acordo com o objeto e com o tipo de licitação. Vejamos.

Em se tratando de licitação para **aquisição de bens**:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses;

Nos casos de contratações de **obras e serviços**:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

b) 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses;

Nas hipóteses de licitação em que se adote como critério de julgamento a **melhor técnica ou a melhor combinação de técnica e preço**, bem como para licitação em que haja **contratação semi-integrada ou integrada** – no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias úteis.

Insta salientar que as modificações promovidas no instrumento convocatório serão objeto de divulgação nos mesmos termos, devendo ser reaberto o prazo de intervalo mínimo, exceto quando a alteração não afetar a preparação e conteúdo das propostas.

6) Procedimento da licitação

O procedimento licitatório se desenvolve em 10 fases a seguir expostas:

1ª Preparação

Trata-se da fase interna do procedimento licitatório em que são elaborados o instrumento convocatório e a minuta do contrato, assim como justificada a necessidade da contratação a ser efetivada.

2ª Divulgação

Diante da ausência de previsão legal expressa, aplicam-se as disposições da lei 8.666/93 que define que a divulgação é feita por meio de publicação do edital em Diário Oficial e em jornal de grande circulação.

3ª Apresentação de lances ou propostas

A lei regulamenta que poderão ser adotados os modelos de disputa aberto ou fechado, ou ainda, a combinação de ambos.

No **modelo de disputa fechado**, seguindo a regra geral aplicável aos procedimentos licitatórios definidos na lei 8.666/93, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas.

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, sendo que nesses casos, poderá ser admitida a apresentação de lances intermediários e, também, 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.

4ª Julgamento

Nesse caso, será aplicado o critério previamente estabelecido no instrumento convocatório, de forma objetiva.

Em havendo empate na licitação, deverão ser utilizados os **critérios sucessivos de desempate** estipulados na lei, quais sejam:

I – Disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II – Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III – bens produzidos nos país

IV – Bens ou serviços produzidos ou prestados por empresa brasileira

IV- Bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

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

VI – Sorteio

5ª Verificação da efetividade dos lances ou propostas

6ª Negociação

A negociação será feita, sempre que a proposta vencedora for desclassificada, quando então serão negociados os valores com os licitantes que ofertaram as propostas subsequentes.

Da mesma forma, a negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado pela empresa.

Isso decorre do fato de que a lei estabelece que o orçamento estimado da licitação feito pela empresa estatal será sigiloso.

7ª Habilitação

A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I – Exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante, ou seja, **habilitação jurídica**.

II – **Qualificação técnica**, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório, não sendo lícito se exigir condições técnicas que não sejam compatíveis com o objeto do contrato.

III – **Capacidade econômica e financeira**;

IV – **Recolhimento de quantia** a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Insta salientar que, quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

8ª Recurso

Na licitação das empresas estatais o prazo recursal é único. Com efeito, o recurso deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da habilitação.

9ª Adjudicação do objeto

10ª Homologação ou revogação

Nessa fase, a autoridade máxima do órgão irá verificar se o procedimento foi regular, quando então será homologado e encerrado.

Também se admite a revogação do procedimento fundada em razões de interesse público supervenientes ao início do certame e anulação em casos de vícios devidamente comprovados.

Saliente-se, ainda que o art. 75, §2º da lei 13.303/16 dispõe que:

> *§ 2º 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.*

7) Pré-qualificação permanente

A Pré-qualificação permanente configura uma decisão administrativa que informa que interessados cumprem requisitos genéricos para participação de licitações no órgão público que a está realizando. O procedimento para a pré-qualificação é público, permanente e aberto para quaisquer interessados.

Neste sentido, a lei 13.303/16 define que:

> *Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:*
> *I - Fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;*
> *II - Bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.*
> *§ 1º O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.*
> *§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.*
> *§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.*
> *§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.*
> *§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.*
> *§ 6º Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.*
> *§ 7º É obrigatória a divulgação dos produtos e dos interessados que forem pré-qualificados.*

8) Cadastramento

A lei ainda prevê a possibilidade de cadastramento de licitantes, sendo que os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, também sendo admitida a atualização a qualquer tempo. Da mesma forma que acontece na pré-qualificação, o art. 65, §1º, dispõe que “Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.”

Não se confunde com a pré-qualificação, uma vez que o cadastro se apresenta como um conjunto de informações armazenadas no órgão público, ou seja, não há qualquer provimento de caráter decisório proferido pelo órgão.

Com efeito, na pré-qualificação, é indispensável que seja proferida uma decisão pelo ente estatal, informando se a empresa tem condições de participar de futuras licitações, enquanto, no cadastro, os documentos são apresentados e arquivados no órgão público.

Acerca do tema, Marçal Justen Filho define que "a decisão de pré-qualificar é equivalente àquela produzida pela Administração ao reconhecer a habilitação do sujeito ou ao reputar que o produto ofertado é satisfatório".

9) Registro de preços

A lei 13.303/16 prevê o sistema de registro de preços, nos mesmos moldes definidos para as demais modalidades licitatórias, dispondo que, nestes casos, serão observadas, as seguintes condições:

> *I – Efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;*
> *II – Seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;*
> *III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;*
> *IV – Definição da validade do registro;*
> *V – Inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.*

7.7.2. Contratos das Empresas Estatais

Inicialmente, é importante salientar que, haja vista a natureza jurídica inerente às empresas estatais, os seus contratos não ostentam a qualidade de contratos administrativos, razão pela qual a lei não prevê cláusulas exorbitantes como a possibilidade de alteração unilateral da avença por determinação do contratante.

Inclusive, nesse sentido, o art. 173, II da Constituição da República dispõe que essas entidades devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Todavia, a lei estabelece algumas peculiaridades em relação aos contratos a serem firmados por essas empresas com particulares, inclusive a possibilidade de aplicação de multa e exigência de garantia. Vejamos.

1) Garantia

Da mesma forma que ocorre nos contratos administrativos, as empresas estatais poderão exigir do particular a ser contratado a prestação de garantia no valor de até 5% do valor do contrato, podendo esse valor chegar a até 10%, em se tratando de contratação de grande vulto, que envolva alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis. O valor da garantia, respeitados os limites legais, será estipulado pela estatal.

Além disso, o particular definirá a forma de prestação da garantia, também nos limites da lei. A garantia poderá ser prestada em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária.

2) Duração

Ressalte-se, de antemão, que não se admite a celebração de contratos com as empresas estatais por prazo indeterminado e que, os acordos firmados deverão, como regra, respeitar o prazo máximo de vigência de 5 anos.

Entretanto, os contratos poderão exceder essa duração máxima de 5 anos em duas situações, a saber:

a) Para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
b) 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.

3) Alteração bilateral

Consoante exposto anteriormente, não se admite a alteração unilateral de contratos firmados pelas empresas estatais. Os referidos acordos deverão conter cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, em determinadas situações, a saber:

a) Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) Quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
c) Quando conveniente a substituição da garantia de execução;
d) 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;
e) 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;
f) 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

Outrossim, a lei estipula que 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. Em se tratando de contratos de reformas, a alteração para acréscimos poderá chegar até o limite de 50% (cinquenta por

cento). **O mais importante é ressaltar que essas alterações dependem sempre do consentimento do particular contratado.**

O art. 81, §2º da lei contém uma impropriedade que deverá ser consertada posteriormente por nova legislação ou, até mesmo, mediante interpretação jurisprudencial e doutrinária.

> *§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.*

Ora, os limites de 25% e 50% (em casos de reforma) já estão postos para alterações bilaterais, ou seja, mediante acordo celebrado entre as partes, razão pela qual a ressalva colocada no dispositivo deve ser suprimida, em razão de sua apresentação contraditória.

4) Contratos firmados com as empresas estatais

Com efeito, o art. 81, §2º deverá ser lido sem a existência da ressalva, por se tratar de erro material na elaboração da lei que repetiu o art. 65, §2º da lei 8.666/93 sem atentar para as peculiaridades deste novo contrato. **Essa interpretação se impõe, diante do equívoco do legislador.**

O art. 81, § 5º prevê a garantia de revisão contratual nas hipóteses de fato do príncipe, quando o contrato é desequilibrado por atuação extracontratual do ente público que atinge a avença de forma indireta, definindo que

Por seu turno, o § 6º do mesmo dispositivo contempla as hipóteses de fato da administração, presentes todas as vezes em que o desequilíbrio do contrato decorra de atuação do ente estatal dentro da relação contratual, determinando que *"Em 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".*

> *Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, 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.
§ 1º 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.
§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.
§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º.
§ 4º 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.
§ 5º 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.
§ 6º Em 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.
§ 7º 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 corrigido, não caracterizam alteração do contrato e podem ser registrados por simples apostila, dispensada a celebração de aditamento.
§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

6) Sanções

A lei prevê que o descumprimento do contrato pelo particular, seja ele total ou parcial do poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – Advertência

Trata-se de penalidade aplicada por escrito, com o intuito de alertar a prática abusiva e evitar penalidades mais graves.

II – Multa

Somente poderá ser aplicada se houver previsão no instrumento convocatório ou no contrato. Trata-se de penalidade pecuniária que não se confunde com o dever de ressarcir o erário por qualquer prejuízo decorrente do contrato e pode ser aplicada isoladamente ou cumulada com outras sanções.

Ademais, a multa será descontada da garantia do respectivo contratado e, em sendo de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

III – Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A suspensão poderá ser aplicada pelo prazo máximo de 2 (dois) anos.

Para a aplicação de quaisquer sanções, deverá ser instaurado processo administrativo regular, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Por fim, cumpre estabelecer que a sanção de suspensão temporária de contratar poderá também ser aplicada às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei 13.303/16:

> *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 Administração em virtude de atos ilícitos praticados.*

7) Subcontratação

A subcontratação é admitida, desde que seja parcial e mediante autorização da empresa estatal, desde que a empresa subcontratada atenda a todas as exigências de qualificação técnica impostas ao contratado no bojo do procedimento licitatório.

Com efeito, o art. 78 da lei 13.303/16 dispõe que:

> *Art. 78, O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista, conforme previsto no edital do certame.*

Outrossim, veda-se a subcontratação de empresa ou consórcio que tenha participado:

a) Do procedimento licitatório do qual se originou a contratação;

b) Direta ou indiretamente, da elaboração de projeto básico ou executivo.

10) Contratação integrada e contratação semi-integrada

Assim como nas licitações previstas na lei 8.666/93, para a execução de obras, se exige a elaboração de projeto básico, com todas as características arquitetônicas e planilha de custos da obra e o projeto executivo com o cronograma de execução da obra.

A princípio, cada uma dessas etapas deverá ser feita separadamente. Ou seja, a empresa estatal deverá contratar uma empresa para a elaboração do projeto básico. Posteriormente, será feito o projeto executivo e, somente após a sua conclusão, será realizada a licitação para a execução da obra.

A lei 13.303/16, então dispõe que, em algumas situações, é possível a contratação semi-integrada, ou seja, 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. Não se trata de novidade!

De fato, a nomenclatura foi criada pela nova lei, no entanto, art. 7º, §1º da lei 8.666/93 já estipula que nos contratos regulados por aquele diploma, é possível que o ente estatal contrate alguém para a elaboração do projeto básico, deixando a elaboração do projeto executivo a cargo do vencedor da licitação para a execução da obra.

Por fim, a contratação integrada, é instituto que já havia sido criado para as contratações do RDC (regime diferenciado de contratações) regulado pela lei 12.462/11. Trata-se de contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e 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. Enfim, todas as etapas ficam englobadas em uma única contratação, exigindo-se do ente estatal somente a elaboração de um anteprojeto antes da realização do certame licitatório.

Nessas contratações, devem ser observadas algumas regras, quais sejam

I – O instrumento convocatório deverá conter:

a) anteprojeto de engenharia, no caso de contratação integrada, com elementos técnicos que permitam a caracterização da obra ou do serviço e a elaboração e comparação, de forma isonômica, das propostas a serem ofertadas pelos particulares;

b) projeto básico, nos casos de empreitada por preço unitário, de empreitada por preço global, de empreitada integral e de contratação semi-integrada, nos termos definidos neste artigo;

c) documento técnico, com definição precisa das frações do empreendimento em que haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, seja em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas;

d) matriz de riscos;

II – O valor estimado do objeto a ser licitado será calculado com base em valores de mercado, em valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou em avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

III – O critério de julgamento a ser adotado será o de menor preço ou de melhor combinação de técnica e preço, pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução.

IV – Na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

Por fim, nessas espécies de contratações os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela empresa estatal deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

7.7.3. Falência das EP e SEM

EP e SEM não estão sujeitas ao regime falimentar, a nova lei de falências afasta sua incidência nessas entidades. Entretanto, alguns autores ainda fazem uma diferenciação: se prestadora de serviço público não se sujeita, se for predominantemente ligada à atividade econômica se sujeita. Como a nova lei não diferencia, deverá ser levada a concurso de credores.

7.7.4. Responsabilidade civil do estado nas EP e SEM

> *CF Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

As EP e SEM estão sujeitas?

DEPENDE. Estão sujeitas quando prestam serviço público. Então, a responsabilidade será objetiva na ação, em regra, e subjetiva na omissão (excepcional).

*Independentemente de ser usuário ou não usuário.

Pode o Estado responder subsidiariamente?

SE o serviço público é do estado e ele descentraliza, ele continua sendo responsável por este, então a responsabilidade será SUBSIDIÁRIA, nestes casos.

JÁ atividade econômica, está FORA do art. 37, §6º. Logo, se aplica o Direito Civil. A teoria-regra é subjetiva. Mas não sempre (pode ser objetiva, excepcionalmente). Neste caso, de atividade econômica, o estado não está sujeito a essa responsabilidade.

7.7.5. Bens das EP e SEM

Prova oral magistratura – Se eu, como juiz federal, recebesse em mãos um pedido para penhorar uma bicicleta dos correios, qual seria a decisão?

Duas questões:

Penhora em bem de EP?

Não é um bem de qualquer EP, é dos Correios e Telégrafos.

Bem de empresa pública: São penhoráveis. V OU F (CEspe) VERDADEIRO. Porque esta é a regra, os bens da EP são privados, e como privados podem ser penhorados.

Se a PJ é de direito público os bens são públicos. Quando a PJ é de direito privado, os bens são em regra privados, EXCETO aqueles que estão DIRETAMENTE ligados à prestação de serviço público (seguirão regime de bem público), sendo assim, tendo em vista o princípio da continuidade, protegendo-o, se o bem for retirado comprometendo a continuidade, NÃO PODERÃO SER PENHORADOS. Se a empresa presta serviço público, não significa presumir que todos os bens são de regime público, que estão todos diretamente ligados à prestação, ela pode ter vários bens que não são ligados, um ar condicionado por exemplo, não atrapalhará o princípio da continuidade.

STF – decidiu pacificamente que a empresa de Correios e Telégrafos tem tratamento de autarquia. **EP com tratamento de AUTARQUIA**. Então, não irá ser penhorada a bicicleta estando ou não ligado ao serviço público, e os bens de autarquia NÃO SÃO PENHORÁVEIS.

7.7.6. Regime tributário das EP e SEM

Dois dispositivos importantes: art. 150, §3º da CF e art. 173 §2º da CF.

> *CF Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **É VEDADO** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> *VI - Instituir impostos sobre:*
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
> *§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

As EP e SEM **exploradoras de atividade econômica**, não gozam da imunidade recíproca.

> *CF Art. 173 § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

Essas empresas não têm privilégios não extensíveis a iniciativa privada, ou seja, se o privilégio for extensível a iniciativa privada, elas também terão o privilégio.

Boa parte da doutrina reconhece que essas empresas, se forem prestadoras de serviço público gozam de imunidade recíproca, somente com um cuidado: DESDE que não repasse o valor do tributo para o usuário (art. 150, §3º) – neste caso o administrado paga o valor embutido, ele arca com o custo do tributo, por isso é cobrado.

> *CF Art. 150, § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

JSCF: somente em hipótese de **serviço público monopolizado**: não ameaça, não tem risco de abuso de poder econômico. Não é tranquilo na jurisprudência e doutrina. Não é condição e requisito.

Na prática o que prevalece é que elas pagam, porque é muito difícil demonstrar que elas não estão repassando o tributo no valor do serviço ao usuário.

7.7.7. Regime de pessoal das EP e SEM

Cuidado: só existe servidor público em PJ de direito público. Se essas PJ são de direito privado, o pessoal poderá ser agente público (‘emprego’ apenas, no caso...), mas NÃO servidor público.

O nome correto é servidores de entes governamentais de direito privado. Ele é empregado. Porém, cuidado ao empregar a expressão empregado público, porque segundo alguns doutrinadores este é o empregado de PJ de direito público. E podemos ter emprego na PJ de direito privado, nesta então é melhor chamar somente de empregado para não cometer erro. A jurisprudência usa essa expressão, empregado público, para os dois, porém é perfeita para o empregado de direito público, não sendo para o de direito privado (crítica dos administrativistas). EMPREGO – CLT.

Apesar de não serem servidores públicos, eles se **equiparam** a tais em alguns aspectos. Porém, NÃO é servidor público.

Quais são os aspectos e quando se equiparam:

Na exigência de concurso público. (BB, Petrobrás, CEF);

Não acumulação de cargos, REGRA (excepcionalmente é possível, quando a CF autorizar);

Estão sujeitos ao teto remuneratório, REGRA (porém se a EP/SEM vive de sua própria atividade, seus próprios recursos, se não precisa de repasse para o custeio, não precisa observar o teto).

Os empregados estão sujeitos à lei de **Improbidade Administrativa 8429/92** (ver improbidade abaixo)

Os empregados são funcionários públicos para **fins penais**, estão sujeitos ao art. 327 do CP.

Sendo agentes públicos, estão sujeitos a **remédios constitucionais**.

Os servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista, admitidos por concurso público, gozam da estabilidade do art. 41 da CF/88?

NÃO. A estabilidade do art. 41 da CF/88 é conferida apenas aos servidores estatutários. Os agentes públicos que atuam nas empresas públicas e sociedades de economia mista são servidores celetistas (empregados públicos). Logo, não gozam de estabilidade.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser demitidos sem motivação?

Em 2013, o STF, ao analisar um caso envolvendo um empregado dos Correios que havia sido demitido sem motivação, decidiu que NÃO.

Em outras palavras, o STF afirmou que a conduta da empresa pública foi errada e que a ECT (Correios) tem o dever de motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013 (Info 699).

Principais argumentos para essa conclusão:

- Os servidores dos Correios, mesmo admitidos por concurso público, não gozam da estabilidade preconizada no art. 41 da CF/88. No entanto, apesar de não possuírem estabilidade, somente podem ser demitidos por meio de um procedimento formal, assegurado ao empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e ao final, esta demissão deverá ser sempre motivada.

- Os Correios possuem natureza jurídica de direito privado, mas se submetem a um regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que tem por objetivo a realização do interesse público.

- Explicando de outra forma, esta entidade submete-se a regras de direito privado, mas tais normas sofrem uma derrogação parcial (mitigação) em favor de certas regras de direito público. Logo, o regime aplicável à ECT não é inteiramente privado.

- Exemplos de derrogações das normas de direito privado em favor de normas de direito público: teto remuneratório, proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, exigência de concurso etc.

- Assim, o regime dos empregados públicos não está sujeito integralmente às regras da CLT, havendo uma derrogação (mitigação) em favor de regras de normas de direito público, dentre elas os princípios administrativos contemplados no art. 37 da CF/88.

- No caso, a motivação da demissão é justificada com base nos princípios da isonomia e impessoalidade, evitando favorecimento ou perseguição de empregados públicos.

- Além disso, como os empregados são admitidos por concurso público, não é razoável que sejam dispensados de forma imotivada, ou seja, sem que se observe um paralelismo entre a admissão e a dispensa.

Sobre o tema, vale mencionar os seguintes entendimentos do TST:

> *Súmula nº 390*
> *I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *II – Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *OJ nº 247 SDI-I*
> *I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;*
> *II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.*

Conforme já dito, o caso concreto no qual o STF decidiu esse tema envolvia um empregado dos Correios. Ocorre que a ementa do julgado ficou extremamente genérica, especialmente o item II. Confira:

> *EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da*

> *dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013.*

Além disso, se você ler o voto do Min. Ricardo Lewandoski, vai perceber que ele fala de forma também genérica, incluindo indistintamente todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Diante disso, os livros e os professores passaram a dizer que a decisão do STF no RE 589998 valeria para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inconformismo de outras empresas públicas e sociedades de economia mista

Ocorre que outras empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica não se conformaram com isso dizendo que elas são diferentes dos Correios e que a ECT recebe tratamento muito parecido com o de Fazenda Pública, tanto que goza de imunidade tributária (STF RE 601392, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2013).

Assim, o Banco do Brasil (sociedade de economia mista federal que explora atividade econômica) ingressou com embargos de declaração dizendo o seguinte: olha, há uma obscuridade no acórdão. Isso porque só se discutiu a questão dos Correios e a tese ficou muito genérica. Seria bom o STF esclarecer essa questão.

Decisão dos embargos

Em 2018, o STF, ao julgar os embargos de declaração, afirmou que a referida decisão (RE 589998/PI) só se aplica realmente para os Correios, considerando que o caso concreto envolvia um empregado da ECT. Quanto às demais empresas públicas e sociedades de economia mista, o STF afirmou que ainda não decidiu o tema, ou seja, terá que ser analisado caso a caso.

Assim, por enquanto, essa decisão, ao menos formalmente, só se aplica para os Correios.

O STF retificou a tese genérica que havia fixado anteriormente e agora afirmou que:

> *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998 ED/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/10/2018 (Info 919).*

7.7.8. Empresa de Correios e Telégrafos (EP)

Atenção: concursos federais.

Decreto 509/69: embora seja empresa pública, a ECT terá regime de fazenda pública. O que significa ter esse tratamento? Privilégios. Tratamento do regime público. Regime PRÓXIMO da autarquia.

Justificativa: CF/88: Art. 21, X – fala sobre serviço postal.

> ***Art. 21.*** *Compete à União:*
> *X - Manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;*

Se não fala de prestação forma INDIRETA, concessão etc. Foi interpretado que é um serviço exclusivo da UNIÃO. Quem prestava serviço já era a ECT, consequentemente os serviços seriam ilegais (inconstitucionais?!). Resolvendo o problema: ao invés de tirarem da ECT e dar para União, deram à ECT regime da União, devido à exclusividade do serviço postal.

OBS: o monopólio da ECT é somente para correspondência pessoal (carta).

ADPF 46 - STF pode até entender que a CF vê daquela forma, mas que faticamente este serviço não tem nada de exclusivo, que os particulares já estão servindo. E o que deve acontecer com o regime de fazenda pública desta empresa?

1994 – TCU reclama: Como fazenda pública, deveria fazer licitação, contrato administrativo. Como franquias, perderia impenhorabilidade...o que será? Desde então MP prorroga as franquias.

Lei 11.668/08 - Diz que a ECT terá de fazer Licitação. Contrato de concessão de serviço. Acontece que a mesma lei prorrogou os contratos de franquia por mais 24 meses.

Então, foi ajuizada a ADI 4155 para discutir tal regra, que está tramitando no STF. Aguardamos decisão.

Depois da CPI dos correios, mensalão: todas essas discussões vêm à tona. Dentro da ECT não existia processo administrativo, não se assumia responsabilidade. A partir da CPI, tiveram de arrumar, está todo mundo fiscalizando a empresa.

Privilégios da ECT:

A ECT goza de imunidades recíprocas nas finalidades específicas.

Seus bens são impenhoráveis **estando ou não ligados** ao serviço público, consequentemente a garantia de pagamento é o regime de precatório.

Empregados da ECT ficaram ressalvados da dispensa imotivada das EP.

OBS: privilégios processuais e demais privilégios não foram decididos ainda.

7.7.9. Petrobrás (SEM)

A partir da lei 9478/1997 – instituiu a ANP. Essa lei estabeleceu que a Petrobrás seguiria **procedimento simplificado de licitação**, definido por decreto do Presidente da República.

Como SEM ela estaria sujeita a lei 8666. CF: estatuto próprio por lei específica, porém se o estatuto não veio, deveria ser utilizada a regra geral (a 8666), entretanto a lei 9478 disse que deveria ser o procedimento simplificado de licitação.

TCU disse que não tinha sentido ela ter regra diferente das demais, TCU a mandou seguir a regra da lei 8666. Petrobrás ajuizou um MS 25888, competência STF.

STF julga em sede de liminar: reconhece a validade da Súmula 347

> *Súmula 347 O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.*

	EP	SEM
Criação	Lei autoriza, seguida de decreto e registro. **Qualquer forma admitida em direito.**	Lei autoriza, seguida de decreto e registro. **Forma necessariamente SA**.
Natureza jurídica	Direito privado (regime híbrido)	Direito privado (regime híbrido)
Atividades	Gerais de caráter econômico e, em algumas situações, serviços públicos.	Gerais de caráter econômico e, em algumas situações, serviços públicos.
Licitação	Lei 13.303/2016	Lei 13.303/2016
Regime Pessoal	CLT Emprego. Equiparado a servidor em algumas situações.	CLT Emprego. Equiparado a servidor em algumas situações.
Concurso	Com concurso.	Com concurso.
Responsabilidade Civil	SP: objetiva. – Estado: subsidiária. AE: subjetiva – Estado: não responde.	SP: objetiva - Estado: subsidiária. AE: subjetiva - Estado: não responde.
Juízo Competente	JF, sendo federal.	**Estadual**
Controle dos atos	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)	TC, Judicial e Supervisão ministerial (finalístico)
Imunidade tributária	Não. Somente no SP, e se não repassar ao consumidor[1].	Não. Somente no SP, e se não repassar ao consumidor[1].
Privilégios Processuais	Sem privilégios. **Exceto ECT.**	Sem privilégios.
Débitos Judiciais	Execução civil. **Exceto ECT (precatórios).**	Execução civil.
Bens	Penhoráveis. Exceto os com fim **SP – continuidade.** **ECT: → impenhoráveis (tratamento de autarquia).**	Penhoráveis. Exceto os com fim **SP- continuidade.**
Peculiaridades	Capital **exclusivamente** público. Poder ter $ de diversos entes da administração pública, Estados, Municípios. Etc. Admite subsidiária.	Capital **predominantemente** público. Poder público deve ser o maior acionista. Admite subsidiária.
Escolha do dirigente	Presidente	Presidente

Exemplos:	CEF, ECT* (regime próximo a autarquia).	Petrobrás.

[1]Há entendimento no sentido de ser imune no caso de prestação de serviço público monopolizado, ou seja, que não haja concorrência com o particular, inexistência de abuso econômico. **JSCF.**

7.7.10. Precatórios

Importante!!!

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.
STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017 (Info 858).

É inconstitucional determinação judicial que decreta a constrição de bens de sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos em regime não concorrencial, para fins de pagamento de débitos trabalhistas.
Sociedade de economia mista prestadora de serviço público não concorrencial está sujeita ao regime de precatórios (art. 100 da CF/88) e, por isso, impossibilitada de sofrer constrição judicial de seus bens, rendas e serviços, em respeito ao princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF/88) e da separação funcional dos poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III).
STF. Plenário. ADPF 275/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/10/2018 (Info 920).

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado formadas majoritariamente com capital público, mas possuindo também capital privado.

Em virtude dessas características, havia divergência se o regime dos precatórios poderia ser aplicado para as sociedades de economia mista.

O STF pacificou o tema no sentido de que é possível, desde que essa sociedade de economia mista seja prestadora de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial.

O regime de precatórios é aplicável para as empresas públicas? Depende:

1) Se for uma empresa pública prestadora de serviços públicos: SIM.

Embora, em regra, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estejam submetidas ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado, o STF tem estendido algumas prerrogativas da Fazenda Pública a determinadas empresas estatais prestadoras de relevantes serviços públicos.

Exemplos: Correios (ECT), Casa da Moeda, Infraero e companhias estaduais de saneamento básico (nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro). Nesse sentido:

A Casa da Moeda do Brasil executa e presta serviço público mediante outorga da União. A CF/88 conferiu a ela, em regime de monopólio, o encargo de emitir moeda (art. 21, VII).

Em razão disso, o STF atribuiu à Casa da Moeda as prerrogativas de Fazenda Pública, como imunidade tributária e execução pelo regime de precatórios.

STF. 1ª Turma. RE 1009828 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/08/2018.

2) Se for uma empresa pública que desenvolva atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro: NÃO.

> *Não se submetem ao regime de precatório as empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e autonomia administrativa que exerçam atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro. STF. 1ª Turma. RE 892727/DF, rel. orig. Min. Alexandre de Morais, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 7/8/2018 (Info 910).*

Ex: a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA ostenta personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade econômica em regime concorrencial, sem monopólio e com vista a auferir lucro (Lei nº 17.895/2013, do Estado do Paraná). Sujeita-se, portanto, ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173, §§ 1º, II e 2º, da CF/88), a ela não se aplicando o regime de precatórios previsto no art. 100 da CF/88.

8. CONVÊNIOS e CONSÓRCIOS PÚBLICOS

*Alguns autores colocam o tema em 'Contratos', outros na 'Administração indireta'.

8.1.1. Noção geral

Cada vez mais passamos a ter exigência dos administrados na prestação de determinados serviços. Em consequência disso, aumenta a responsabilidade da Administração nessa prestação. Destarte, a Administração precisa de técnicas e métodos mais modernos para atingir a essa exigência, além de profissionais mais qualificados. Assim temos como fundamentos:

- Exigência dos administrados
- Responsabilidade da administração
- Técnicas e métodos mais modernos
- Profissionais qualificados

É comum que o ente público não consiga, sozinho, suprir essas exigências. Surge, aí, a necessidade de reunião de esforços dos entes.

Reunião de esforços → Interesse comum - Objetivo comum dos entes → Interesses convergentes → Cooperação → Gestão associada.

Exemplos dessa reunião de esforços:

- O município deseja a demarcação dos seus limites. Esse fato interessa a mais de um município, logo surge reunião de esforços.

- Estado e União trocando informações para fins tributários.

- Travessia de rio limítrofe de municípios através de balsa.

Ou seja, sempre os partícipes dessa união têm interesses convergentes, o que difere dos contratos administrativos, onde os interesses são opostos.

8.1.2. Consórcio Administrativo (extinto) x Convênio x Consórcio Público

CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS (extintos)	CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO	CONSÓRCIOS PÚBLICOS (antigo Consórcio Administrativo)
Conceito: Ajustes entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais da mesma espécie. Exemplo: Reunião de municípios.	***Conceito:*** Ajustes entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais de **DIFERENTES ESPÉCIES** com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público. Exemplo: Reunião de estado com município. Não forma um terceiro ente, a responsabilidade dos conveniados é solidária.	***Conceito:*** gestão associada de entes políticos (U, E, M, DF) visando à realização de objetivos de interesse comum. Surgem com a Lei 11.107/05. Previstos no art. 241 da CF/88. Novidade: Eles têm personalidade jurídica. Forma um terceiro ente.

Crítica

JSCF não vê razão para a diferenciação entre convênio e consórcios administrativos. Na prática o contorno jurídico é o mesmo. O conteúdo e o regramento são os mesmos.

8.2. CONVÊNIOS

8.2.1. Conceito

Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

8.2.2. Previsão constitucional

Previsão desde a CF/67 (art. 13, §3º e art. 14, §4º).

Na CF/69 → Art. 13, §3º.

CF/88 → Art. 71, VI; art. 199, §1º; art. 23, parágrafo único (implicitamente); art. 37, §8º da CF (não é pacífico). Art. 241;

> *Art. 71. O controle externo, **a cargo do Congresso Nacional**, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*
> *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;*
>
> *Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*
> *§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou CONVÊNIO, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*
>
> *Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
> *Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (estaria implícita a referência aos convênios)*
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:... (há quem diga que há previsão dos convênios)*
>
> *Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por MEIO DE LEI os consórcios públicos e os CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Considerações

1. O art. 23, parágrafo único exige Lei Complementar enquanto o art. 241, fala em lei ordinária;
2. O art. 23 tem um cunho genérico. É uma norma de princípio programático (Cretella).
3. O art. 241 é mais específico sobre os objetos dos convênios.
4. O art. 37, §8º cuida de um instituto chamado contrato de gestão para celebração de atividades administrativas. Há quem diferencie dos convênios.

JSCF diz que são assemelhados aos convênios, pois tudo trata de parcerias.

8.2.3. Previsão legal

DL 200/67 - art. 10, §1º, b.

Lei 8.666/93 - art. 116.

> *DL 200/67 - Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*
> *§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:*
> *b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante CONVÊNIO;*
>
> *Lei 8.666 Art. 116. **Aplicam-se as disposições desta Lei**, no que couber, aos CONVÊNIOS, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*

Gasparini diz que mesmo que não existissem essas previsões seria possível que a Administração firmasse ajustes para alcançar objetivos comuns.

8.2.4. Tipos de convênios

1) ***Pessoa administrativa X Pessoa administrativa;***

Celebram ajuste com objetivo de alcançar interesse público comum.

Exemplo: SEM estadual X EP municipal; União X Autarquia.

2) ***Pessoa administrativa X Entidades particulares (física ou jurídica);***

Ajuste com objetivo do interesse público.

Ex1.: Município celebra ajuste com Bacon Pretzel LTDA.

Ex2.: Estado celebra ajuste com Irmãos Porquinhos S/A.

Crítica do CABM: Para ele só será possível firmar convênios com entidades particulares se essas entidades não tiverem fins lucrativos. Se a entidade privada tem fins lucrativos, a sua intenção não será alcançar interesse público, mas sim o lucro. Aqui, passa-se a ter objetivos contrapostos (não convergentes), descaracterizando o convênio.

Além disso, Celso Antônio diz que celebrando o convênio com entidade privada, está-se ferindo a isonomia, a não ser que o poder público promovesse licitação.

3) ***Órgão público (despersonalizado) X entidade particular***

4) ***Órgão público X pessoa administrativa diversa daquela a que pertence o órgão.***

Ex.: Secretaria da Educação do Município X Entidade particular.

5) Órgão da Pessoa A X Órgão da pessoa A ("Convênio Interorgânico")

Ex.: Secretaria de Segurança Pública do RS X Assembleia Legislativa do RS.

OBS: Há entendimento no sentido de ser nulo o convênio celebrado por órgãos do convenente (Diógenes Gasparini). A maioria, entretanto, admite (JSCF e CABM).

OBS2: Não existe convênio se os convenentes são particulares.

8.2.5. Características dos convênios

Cooperação mútua entre os partícipes;

Essa cooperação, esse ajuste forma um terceiro ente com PERSONALIDADE JURÍDICA?

1ª C: Diogo de Figueiredo: Forma-se um novo ente.

2ª C: Hely, JSCF, Di Pietro: **Não se forma nova pessoa**. Em razão disso, a responsabilidade pelos atos praticados pelo convênio é solidária entre os participantes. Não existe a responsabilidade de um terceiro ente.

A responsabilidade recai sobre os partícipes, que podem ser representados por uma comissão executiva.

Execução de metas internas da Administração;

Partícipe pode denunciar o convênio sem qualquer consequência (direito de retirar-se do convênio) - Princípio do informalismo. Outra grande diferença em relação aos contratos administrativos.

É possível incluir cláusula no ajuste impedindo a denúncia ou implicando sanção para tal conduta?

Não é possível. Uma cláusula assim é tida como não escrita. Art. 116, §6º da Lei 8.666/93.

Conforme o dispositivo, o denunciante ficará responsável pelo saldo de obrigações que se comprometeu.

> ***Lei 8.666 Art. 116,*** *§ 6o Quando da conclusão,* ***denúncia****, rescisão ou extinção do* ***CONVÊNIO****, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.*

É possível a **inclusão de novos partícipes no ajuste**, desde que exista identidade de interesses e respectiva previsão no termo de convênio. Na falta de previsão no termo, presume-se que não é possível a inclusão de novos partícipes.

Objeto: INTERESSE PÚBLICO. A essência do convênio impede que o ajuste seja feito no interesse privado. Obviamente que a participação de entidade particular implica em benéfico de interesse particular, mas não será o objetivo precípuo do convênio.

Formalização: **Se dá através do TERMO DE CONVÊNIO** (ou simplesmente convênio ou ainda termo de cooperação)

Autorização legislativa? Polêmica.

Durante muito tempo entendia-se ser necessária a autorização legislativa. Porém o STF já decidiu essa questão em várias ações diretas, fixando o entendimento no sentido contrário: Dispensa-se a autorização legislativa (ADI 342, 1857, 1166). Fundamento: Princípio da independência e harmonia dos poderes. O legislativo não pode se intrometer em questão atinente ao poder executivo.

STF: Será necessária a autorização legislativa quando o convênio depender de repasse de verba orçamentária ***que não esteja prevista na Lei orçamentária***.

OBS1: Diógenes Gasparini: Indo contra essa tese do STF prescreve o art. 116, §2º da Lei 8.666 que a entidade ou órgão repassador dos recursos ***dará ciência*** à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. Ou seja, diz ele que não precisa nem de autorização nem de aprovação legislativa.

> *Lei 8.666 Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos **CONVÊNIOS**, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*
> *§ 2o Assinado o **CONVÊNIO**, a entidade ou órgão repassador dará CIÊNCIA do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.*

Licitação: **NÃO precisa de licitação prévia para celebrar convênio** (lei 8.666 art. 116, caput). A busca por interesses comuns não se coaduna com a competição que envolve os procedimentos licitatórios. Nesse sentido, o Informativo 387 do STF.

Lembrando-se de posição de CABM: O convênio com ENTIDADE PRIVADA exige licitação, mesmo com aquelas sem fins lucrativos, para preservar o princípio da igualdade.

Prazo? **Em regra, não há prazo**. Não existe essa necessidade.

Plano de Trabalho: Onde estão as Regras aplicáveis ao convênio. Metas, etapas, fases etc. Ver art. 116, §1º da Lei 8.666/93.

A finalidade do plano de trabalho é possibilitar o controle, tanto interno (realizado pelos próprios órgãos da Administração) quanto externo (Tribunal de Contas).

> *Lei 8.666 Art.116*
> *§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente PLANO DE TRABALHO proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:*

I - Identificação do objeto a ser executado;
II - Metas a serem atingidas;
III - etapas ou fases de execução;
IV - Plano de aplicação dos recursos financeiros;
V - Cronograma de desembolso;
VI - Previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;
VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

8.2.6. Convênios X Contratos administrativos

CONVÊNIOS	CONTRATOS
Vínculo jurídico	Vínculo jurídico
Interesses COMUNS	Interesses OPOSTOS
Cooperação	Lucro
Vínculo menos rígido (informalismo)	Vínculo mais rígido (implica sanções)

8.2.7. Convênios x Antigos Consórcios Administrativos

Tudo que foi falado até aqui para Convênios vale para os antigos Consórcios Administrativos, com as seguintes peculiaridades.

CONVÊNIOS	Antigos Consórcios Administrativos
Partícipes de qualquer espécie	Partícipes de mesma espécie
Não se exige uma estrutura administrativa.	Exige-se uma estrutura administrativa - Conselho Consultivo - Conselho Fiscal - Autoridade executiva

Repetindo: JSCF critica essa diferenciação. Ver acima.

8.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05)

Ver no edital se tem item específico, caso contrário, não se preocupar.

8.3.1. Conceito

Gestão associada. O consórcio foi criado para situações que um ente sozinho não era capaz de resolver. Assim surge o consórcio para reunir esforços.

Somente ***ENTES POLÍTICOS*** podem participar do consórcio, podendo ser entre quaisquer dos entes políticos da federação. Eles se reúnem para realizar a gestão associada de interesse comum. O fundamento constitucional é o art. 241 da CF.

> *Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei **OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS** e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.*

Para constituir o consórcio, eles celebram um CONTRATO DE CONSÓRCIO, que nada mais é do que um CONTRATO ADMINISTRATIVO, e quando eles fazem isso, eles constituem também uma **nova pessoa jurídica** (perceber que nos convênios não se forma pessoa jurídica, conforme a doutrina majoritária). Exemplo: preservação ambiental (união, estado município não tem tempo etc., eles constituem uma PJ que vai cuidar, gerir e tal de forma coletiva essa área de preservação ambiental). Essa nova pessoa jurídica é constituída na forma de ***ASSOCIAÇÃO.***

Por conta disso, alguns autores explicam o tema dentro da **'administração indireta'** e outros dentro de **'contratos administrativos'**, eis que não deixa de compor a primeira, assim como não deixa de ser uma espécie do segundo.

Di Pietro: A Lei veio para desvirtuar o instituto dos convênios e consórcios administrativos. A lei é uma merda para ela.

8.3.2. Consórcios Públicos x Consórcios Administrativos (extintos)/Convênios

CONSÓRCIOS PÚBLICOS	CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS (extintos)/CONVÊNIOS
Fim comum: Interesse Público	Fim comum: Interesse Público
Formação de uma pessoa jurídica	Não há formação de pessoa jurídica (posição majoritária). OBS: Hely defendia que esses convênios deveriam constituir uma sociedade civil, a fim de executar os interesses do ajuste.
Limitado aos entes políticos	Entes políticos, entes administrativos, pessoas particulares.

8.3.3. Protocolo de intenções

De acordo com o art. 3 e 4º da Lei, os entes políticos consorciados precisam formalizar um protocolo de intenções, onde ficarão definidos alguns elementos da nova pessoa jurídica: prazo, sede do consórcio, finalidade específica, quem são os consorciados, quem vai administrar o consórcio (Assembleia Geral) etc.

> *Art. 3o O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da **prévia subscrição de protocolo de intenções**.*
>
> *Art. 4o São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:*

Celebrado o protocolo, passa-se a uma segunda etapa: **ratificação por lei desse protocolo**.

> *Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a **ratificação**, **mediante lei**, **do protocolo de intenções**.*
> *§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.*
> *§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.*
> *§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.*
> *[...]*

Perceba a diferença: Aqui ocorre a participação do poder legislativo, o que não ocorre nos convênios. Aqui temos a participação do Executivo e do Legislativo.

EXCEÇÃO: Art. 5º, §4º da Lei.

> *Art. 5*
> *§ 4º **É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo** o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.*

Se já existe lei no âmbito do ente político que permita que ele celebre consórcio público, a ratificação legislativa é dispensada.

8.3.4. Natureza jurídica dos consórcios públicos

JSCF: Negócio jurídico plurilateral de direito público.

Negócio jurídico: Manifestação de vontade dos participantes para atingir um objetivo comum.

Plurilateral: Admite-se a presença de vários pactuantes (com interesses comuns), o que os diferencia dos contratos.

Direito Público: Normalmente são regras de direito público que norteiam o ajuste.

OBS: A lei 11.107/05 (art. 1º e 3º) fala em contratação de consórcios públicos.

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **contratarem** CONSÓRCIOS PÚBLICOS para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.*
>
> *Art. 3o O consórcio público **será constituído por CONTRATO** cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.*

Afinal, é contrato ou não é contrato?

JSCF diz que a expressão contrato é uma total impropriedade técnica da lei. Os consórcios públicos são mais próximos dos Convênios do que dos Contratos.

Celso Antônio adota o termo contrato. Repete o texto legal.

8.3.5. Personalidade jurídica

Os consórcios têm personalidade jurídica. São sujeitos de direitos e obrigações. Essa personalidade pode ser de Direito Público ou de Direito Privado (art. 6º, I e II da Lei).

Prima facie a ideia é que a ASSOCIAÇÃO se apresente como PJ de direito público, porque ela provém de entes da administração direta. Não obstante, a lei prevê que ela pode tanto ser uma **associação pública** (PJ de direito público, espécie do gênero de autarquia), assim como pode ser uma **associação privada** (PJ de direito privado). No entanto, enquanto associação privada, o regime sofrerá influxo de regras de **direito público**, sendo, portanto, uma **espécie híbrida**. O legislador criou um regime híbrido, sendo muito próximo ao que acontece com as EP e SEMs, não se pode dizer que é igual (até pelos papéis diferentes), mas certamente se aproxima.

> *Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:*
> *I – De DIREITO PÚBLICO, no caso de constituir ASSOCIAÇÃO PÚBLICA, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;*
> *II – De DIREITO PRIVADO, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.*

Personalidade de Direito Público: Constituirá ASSOCIAÇÃO Pública, que será integrante da Administração Indireta (§1º).

> *§ 1o O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.*

Personalidade de Direito Privado: A lei não diz se o consórcio integrará ou não a Administração Pública Indireta (§2º).

> *§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.*

Sobre esse tema, algumas correntes:

1ª C: (JSCF, DG, MSZP): Integra a Administração Pública indireta, pois o consórcio prestará um serviço de forma descentralizada.

2ª C (CABM): Integram a Administração indireta, pois esses consórcios nada mais são do que empresas públicas.

3ª C (Odete): Não integram a Administração indireta.

Os Consórcios de direito privado seguem um regime jurídico híbrido (tal como empresas estatais): ora normas de direito público, ora normas de direito privado.

Doutrina crítica: Como pode essa associação integrar a administração indireta surgindo de um CONTRATO? As PJ da administração indireta devem surgir de lei (autarquias) ou no mínimo ter autorização legislativa (EPs e SEMs). É um monstrinho podre.

OBS: há lei que aprova o protocolo de intenções (visto acima), entretanto é uma lei de cada ente e somente aprova o protocolo.

A autonomia destes entes na constituição da gestão associada também é criticada. Imagine-se o caso em que a União faz consórcio com um município muito pobre (OBS: para que isso aconteça o Estado onde está esse município deve ser consorciado). Nesse caso, apesar de não haver hierarquia entre os entes na CF, é bem improvável que a União não se sobreponha. Nesse ponto, a doutrina critica a possibilidade de violação da autonomia dos entes.

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.*
> *§ 2º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.*

8.3.6. Características dos consórcios públicos

a) Formação de uma pessoa jurídica

Isso possibilita a celebração de contratos, convênios, outros consórcios etc.

b) Recebem subvenção, auxílios, contribuições sociais e econômicas (art. 2º, §1º, I);

> *Art. 2o Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.*
> *§ 1o Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:*
> *I – Firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;*

c) Pode **promover desapropriações**; pode instituir servidões. Ver acima.

d) Podem emitir papéis de cobrança

Art. 2º, §3º: OUTORGA de Concessão, permissão e autorização de obras ou serviços. Esse dispositivo extrapolou a previsão constitucional do art. 175, que não fala em autorização. Quem faz essa crítica é o JSCF.

> *§ 3o Os consórcios públicos poderão **outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos** mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o*

objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

e) **Estão sujeitos à fiscalização por parte do Tribunal de Contas** (art. 9º, parágrafo único da Lei), além do controle administrativo (tutela).

Art. 9o A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.
*Parágrafo único. 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**.*

f) O art. 18 da lei 11.107 acrescentou os Incisos XIV e XV no art. 10 da Lei de improbidade administrativa, considerando alguns atos relacionados aos consórcios como atos de improbidade que causam danos ao erário.

Art. 18. O art. 10 (atos que causam DANO AO ERÁRIO) da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (lei de improbidade), passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:
Art. 10
*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." (NR)*

Di Pietro: A lei não deveria considerar isso como ato de improbidade causador de dano, uma vez que essas condutas como estão narradas não necessariamente causam danos ao erário. Além disso, essa previsão é desnecessária, pois o próprio art. 11 fala nos atos que violam os princípios da Administração, dentro dos quais estão enquadrados esses atos relativos a consórcios. Ver improbidade.

g) **Licitação**: art. 17 da Lei 11.107 e art. 23 da Lei 8.666.

Para os valores relativos à dispensa de licitação, aplica-se como parâmetro o dobro do percentual, ou seja, 20% da modalidade convite.

Se o consórcio tiver até três entes: utiliza-se como parâmetro o DOBRO dos valores fixados na Lei de Licitações.

Se o consórcio tiver mais de três, utiliza-se o TRIPLO. Ver licitações.

*Crítica: doutrina critica bastante também esses parâmetros frente aos outros problemas (criação por contrato, autonomia e tal visto acima).

OBS: CABM diz que não é necessária a licitação.

8.3.7. Contrato de programa e contrato de rateio

1) Contrato de programa (art. 13)

A palavra-chave é OBRIGAÇÃO. Qual a obrigação do ente perante o consórcio (obrigação de prestação de serviço, transferência de pessoal). Além disso, esse contrato estabelece as condições de validade.

JSCF: condição de validade da constituição e regulação de obrigações que uma pessoa da federação assuma para com outro ente estatal ou para um consórcio público, com o objetivo de implementar gestão associada através da qual sejam prestados serviços públicos ou transferidos, total ou parcialmente, encargos, serviços pessoais ou bens necessários a consecução dos serviços transferidos. **Prévia definição de obrigações que o ente, como integrante do consórcio, assume perante os demais pactuantes.**

> *Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por **CONTRATO DE PROGRAMA**, **como condição de sua validade**, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou **para com CONSÓRCIO PÚBLICO no âmbito de gestão associada** em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.*

2) Contrato de rateio (art. 8º)

É o pressuposto para os entes consorciados transferirem recursos ao consórcio público com base na LC 101/2000 (LRF).

JSCF: também NJ plurilateral de direito público, que se constitui como pressuposto para que os entes consorciados transfiram recursos ao consórcio público. O consorciado deve consignar em seu orçamento as dotações suficientes para as despesas assumidas no ajuste. Caso contrário será suspenso e depois excluído do consórcio.

> *Art. 8º Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público **mediante CONTRATO DE RATEIO**.*

OBS: Para José dos Santos Carvalho Filho (JSCF), a organização e funcionamento dos consórcios, visto que associações, serão regidos pela legislação reguladora das associações civis, prevalecendo, no caso de colisão, a disciplina da lei nº 11.107/05. Na relação jurídica decorrente do consórcio (disciplina externa) basicamente o CC, na atuação dos órgãos internos e a organização da entidade (disciplina interna) o estatuto (que deve ser criado, de acordo com o art. 7º da lei).

> *Art. 7o Os estatutos disporão sobre a organização e o funcionamento de cada um dos órgãos constitutivos do consórcio público.*

8.4. RESUMO: CONVÊNIOS X CONSÓRCIOS

DL 200/67 - art. 10, §1º, b.

Lei 8.666/93 - art. 116.

CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO (DL 200/67, art. 10, §1º, b; Lei 8.666/93, art. 116)	CONSÓRCIOS PÚBLICOS (Lei 11.107/05)
NÃO forma nova pessoa jurídica. Cooperação mútua entre os partícipes; Execução de metas internas da Administração;	**FORMA pessoa jurídica nova**. Gestão associada. O consórcio foi criado para situações que um ente sozinho não era capaz de resolver. Assim surge o consórcio para reunir esforços. A PJ formada será uma **ASSOCIAÇÃO** pública ou privada (regime híbrido).
Podem participar entes políticos, administração indireta (autarquia), paraestatais e até particulares.	Somente ENTES POLÍTICOS podem participar do consórcio, podendo ser entre quaisquer dos entes políticos da federação.
Partícipe pode denunciar o convênio sem qualquer consequência (direito de retirar-se do convênio) - Princípio do informalismo. Outra grande diferença em relação aos contratos administrativos. **É possível a inclusão de novos partícipes no ajuste, desde que exista identidade de interesses e respectiva previsão no termo de convênio. Na falta de previsão no termo, presume-se que não é possível a inclusão de novos partícipes.**	Não há como o consorciado se desvincular desta forma, pois a lei trata o consórcio como um contrato (embora a doutrina critique essa natureza).
Formalização: Se dá através do TERMO DE CONVÊNIO (ou simplesmente CONVÊNIO ou ainda TERMO DE COOPERAÇÃO). **Discutiu-se se haveria necessidade de aprovação do legislativo. STF decidiu que só quando houver aumento de gasto não previsto na LO. A lei apenas prevê a CIÊNCIA do legislativo.**	Aqui ocorre a participação do poder legislativo, o que não ocorre nos convênios. Aqui temos a participação do Executivo e do Legislativo. Firmado anteriormente entre os entes um **PROTOCOLO DE INTENÇÕES,** este deve ser ratificado por lei. OBS: Se já existe lei no âmbito do ente político que permita que ele celebre consórcio público, a ratificação legislativa é dispensada. **Contrato de programa (art. 13):** A palavra-chave é OBRIGAÇÃO. Qual a obrigação do ente perante outro ou o consórcio (obrigação de prestação de serviço, transferência de pessoal). Além disso, esse contrato estabelece as condições de validade. **Contrato de rateio (art. 8º):** É o pressuposto para os entes consorciados transferirem recursos ao consórcio público com base na LC 101/2000

	(LRF).
	Recebem subvenção, auxílios, contribuições sociais e econômicas (art. 2º, §1º, I); Pode promover desapropriações; pode instituir servidões. Podem emitir papéis de cobrança Art. 2º, §3º: OUTORGA de Concessão, permissão e autorização de obras ou serviços. Esse dispositivo extrapolou a previsão constitucional do art. 175, que não fala em autorização. Quem faz essa crítica é o JSCF.
Licitação: NÃO precisa de licitação prévia para celebrar convênio (lei 8.666 art. 116, caput). A busca por interesses comuns não se coaduna com a competição que envolve os procedimentos licitatórios. Nesse sentido, o Informativo 387 do STF. Para o convênio celebrar contrato, acredito que deva haver licitação. **Licitação é dispensável para AD ou AI celebrar contrato de programa com Convênio.**	**Licitação**: art. 17 da Lei 11.107 e art. 23 da Lei 8.666. Para os valores relativos à **dispensa de licitação**: Se o consórcio tiver até três entes: utiliza-se como parâmetro o DOBRO dos valores fixados na Lei de Licitações. Se o consórcio tiver mais de três, utiliza-se o TRIPLO. Ver licitações. Licitação é dispensável para AD ou AI celebrar contrato de programa com Consórcio.
Prazo? Em regra, não há prazo**. Não existe essa necessidade.**	A lei prevê uma estipulação de prazo no protocolo de intenções.
Plano de Trabalho: Onde estão as Regras aplicáveis ao convênio. Metas, etapas, fases etc. Ver art. 116, §1º da Lei 8.666/93.	Tais regras descritas ao lado, no consórcio são previstas no protocolo de intenções.
Estão sujeitos ao TC.	**Estão sujeitos à fiscalização por parte do Tribunal de Contas** (art. 9º, parágrafo único da Lei), além do controle administrativo (tutela).

9. ENTES DE COOPERAÇÃO

Estão fora da administração pública! É feito o estudo neste momento por oportunidade

9.1. INTRODUÇÃO

Não compõe a administração, cooperam com ela, estão ao seu lado.

Seria o 4º setor? Nada de jurídico, divisão da economia, porém já caiu em prova de concurso:

Economia (setores):

Estado

Iniciativa privada

ONG's

Economia Informal (4º setor).

Então, no 3º setor temos as ONG's, algumas ONG's ajudam o estado em sua finalidade, quando ela faz isso, ela é considerada um ente de cooperação. NEM TODA ONG é ente de cooperação. Essas pessoas jurídicas também são chamadas de PARAESTATAIS.

PARAESTATAL – ao lado "de" e não dentro "de". Ao lado da administração. As EP e SEM **não podem ser chamadas de paraestatais.**

Características

Estão fora da administração pública;

Paraestatais, representam o 3º setor;

Pessoas jurídicas de Direito Privado;

Não tem fins lucrativos. Não foram criadas para o lucro, MAS, podem ter.

9.2. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO (SISTEMA "S")

JSCF: pessoas de colaboração governamental

SESC, SESI, SENAI, SENAC, SEBRAE...

Cursos, capacitação, lazer, assistência (médica, odontológica, judiciária) ...

Para que servem essas PJ? Temos essas PJ para fomentar as diversas categorias profissionais. **Fomentar** indústria, comércio, transportes, isto é IMPORTANTE PARA O ESTADO. Não prestam serviços públicos, prestam **serviços de utilidade pública.**

De que vivem essas PJ? Como se remuneram?

Contribuição

Podem receber recursos orçamentários, não significa dizer que estão recebendo, depende de cada lei orçamentária, de cada momento.

Especialmente são beneficiárias da parafiscalidade, e consequentemente cobram contribuição parafiscal.

PARAFISCALIDADE: nada mais é do que a delegação da capacidade tributária ativa.

Competência tributária: aptidão para criar tributos. Competência tributária é INDELEGÁVEL.

Capacidade tributária: aptidão para cobrar tributos. DELEGÁVEL.

Quem pode receber a parafiscalidade? PJ de direito público e PJ de direito privado que são perseguidoras de interesse público.

Sistema 'S' cobra tributos, mas não cobra diretamente, normalmente é feito junto com outros tributos, é juntado com 02 ou 03 e paga-se de uma vez, para facilitar a arrecadação. Geralmente o INSS recebe e repassa a essas entidades.

Estão sujeitos ao TCU? Sim, se essas pessoas cobram tributos, ***elas estão sujeitas a controle pelo TCU.***

Estão sujeitas ao dever de licitar? *JSCF***:** novo entendimento do **TCU,** devem somente observar os princípios básicos da 8.666/93, permitido a edição de regulamentos próprios, de menor complexidade ("***Procedimento Simplificado do Sistema 'S'")***, de acordo com o art. 119.

Acontece que o Sistema Autônomo ***irá obedecer ao sistema simplificado de licitação***, mesmo estando sujeitas ao art. 1º 8666. Este tipo de licitação, aqui no sistema "S" não é tão criticado pela doutrina.

Regime CLT – são empregados privados.

Não tem privilégios processuais

Não tem privilégios tributários. Cuidado: se o SSA tem finalidade assistencial, beneficente, pode ter privilégio tributário.

Competência: **JE**.

9.3. ENTIDADES DE APOIO

Regulamentada na Lei 8958/94.

Entidade dentro da autarquia, Universidade, bolsa para mestrado, financiamento de viagens etc. Pode ter natureza de fundação privada, associação ou cooperativa.

Sendo que esta entidade de apoio não é constituída pelo poder público, é constituída pelos próprios servidores.

Tem como objetivo as pesquisas. Investimento nas pesquisas. Entidade de apoio surge como socorro à situação atual das universidades, de falta de recursos para a pesquisa, devido ao

atual estado de sucateamento, precariedade atual das universidades. A entidade como pessoa privada pode arrecadar, vender pós-graduação etc. Arrecadando pode investir na pesquisa etc., suprindo inúmeras carências.

Celebra um contrato de **Convênio** com a Administração Pública. Tem como sede um espaço dentro da Universidade.

Pode receber dotação orçamentária. Para as Universidades é mais confortável porque a lei regulamenta. A situação piora com os Hospitais públicos, os quais têm entidade de apoio, mas não tem regulamentação.

Problema: A Entidade de Apoio funciona dentro da Universidade. Quem trabalha nela são os servidores da própria universidade. A entidade funciona dentro da universidade, com bens da universidade, os servidores que trabalham nela são servidores pagos pela universidade.

Doutrina critica que fosse um ser dentro de outro ser, sendo aquele público e o de dentro privado, ela tem os privilégios da universidade e os privilégios da pessoa privada, gastando dinheiro como particular fosse, consequentemente gera descontrole, desvios...

Então apesar de ser uma instituição “salva-vidas”, temos esses problemas.

Exemplo: FUSP, FINATEC, FAPESP, FAPEX, FAPEAL, CERT.

9.4. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)

9.4.1. Conceito

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, prestadoras de atividades de interesse público e que, por terem preenchido determinados requisitos previstos na Lei n.° 9.637/98, recebem a qualificação (título, selo) de “organização social”.

A pessoa jurídica, depois de obter esse título de “organização social”, poderá celebrar com o Poder Público um instrumento chamado de “contrato de gestão” por meio do qual receberá incentivos públicos para continuar realizando suas atividades. As regras relacionadas com as organizações sociais estão previstas na Lei n.° 9.637/98. Veja o que diz o art. 1º:

> *Art. 1º 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.*

9.4.2. Quem concede a qualificação de OS?

O Ministro do Planejamento em conjunto com o Ministro da área na qual atua a pessoa jurídica que pretende a qualificação de OS.

Ex: se essa pessoa jurídica desempenha funções na área de educação, quem concederá será o Ministro da Educação em conjunto com o Ministro do Planejamento.

9.4.3. Requisitos

Quais são os requisitos necessários para a pessoa jurídica ser qualificada como OS?

Tais requisitos estão elencados no art. 2º da Lei n.° 9.637/98.

Veja um resumo dos principais requisitos necessários para que as entidades possam tentar receber a qualificação de organização social:

- finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

- ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria;

- participação, no seu órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

- obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

- proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

- previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Se a pessoa jurídica preencher todos os requisitos ali listados, o Poder Público é obrigado a conceder a qualificação?

NÃO. Mesmo preenchendo todos os requisitos, os Ministros podem decidir não conceder o título porque esta é uma decisão discricionária, na qual se avalia a conveniência e oportunidade de conceder.

9.4.4. Área de atuação

Para que a pessoa jurídica seja qualificada como OS ela precisa desempenhar atividades em uma das seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde.

Segundo a doutrina majoritária, esse rol é taxativo, de forma que se a pessoa jurídica trabalhar apenas com assistência social, por exemplo, não atenderá os requisitos para ser qualificada como uma OS.

Em provas de concurso, você poderá encontrar a afirmação de que as organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos não exclusivos de Estado, ou seja, serviços que são desempenhados pelo Estado, mas que podem também ser exercidos por particulares.

9.4.5. Contrato de gestão

Contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com o objetivo de que, a partir daí, seja formada uma parceria entre eles para fomento e execução das atividades que uma OS faz (ensino, pesquisa científica etc.).

No contrato de gestão serão listadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. O contrato de gestão deve ser submetido ao Ministro de Estado da área correspondente à atividade fomentada.

Ex: se a OS desenvolve atividades de saúde, quem aprovará o contrato será o Ministro da Saúde.

Obs.1: apesar de a lei dizer que esse ajuste é um “contrato”, a doutrina critica a nomenclatura e afirma que, na verdade, o melhor seria chamá-lo de convênio, de termo de colaboração ou termo de fomento. Isso porque no contrato existem interesses opostos e nessa relação da OS com o Poder Público os objetivos são os mesmos, são convergentes.

Obs.2: os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverão comunicar o Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

As organizações sociais que celebrarem contrato de gestão com o Poder Público passam a ser consideradas entidades da Administração Pública? NÃO. Mesmo tendo celebrado contrato de gestão, continuam sendo entidades paraestatais (não estatais).

As organizações sociais que celebrarem contrato de gestão com o Poder Público podem ser consideradas delegatárias de serviços públicos? NÃO. As organizações sociais exercem em nome próprio serviços públicos, mas não são consideradas delegatárias considerando que não recebem uma concessão ou permissão de serviço do Poder Público.

Os setores de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente são classificados como serviços públicos sociais. Segundo a CF/88, tais serviços devem ser desempenhados não apenas pelo Estado como também pela sociedade (são “deveres do Estado e da Sociedade”).

Assim, é permitida a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo Poder Público. Não se aplica, portanto, o art. 175, "caput", da CF/88 às atividades desenvolvidas pelas organizações sociais.

9.4.6. Incentivos

As organizações sociais poderão receber os seguintes incentivos para cumprir o contrato de gestão:

a) Recursos orçamentários: podem receber "dinheiro público";

b) Cessão de bens públicos, mediante permissão de uso, dispensada licitação: podem receber, sem licitação, bens públicos para serem usados em suas atividades;

c) Cessão especial de servidor, com ônus para o órgão de origem do servidor cedido: servidores públicos podem ser colocados à disposição das organizações sociais para lá trabalharem, continuando recebendo sua remuneração dos cofres públicos; d

) Contratadas sem licitação: as organizações sociais podem ser contratadas, com dispensa de licitação, para prestarem serviço a órgãos e entidades da Administração Pública, recebendo por isso (art. 24, XXIV, da Lei n.° 8.666/93).

Veja abaixo a redação da Lei de Licitações:

> *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. (Incluído pela Lei nº 9.648/98)*

Desse modo, quando a Administração contratar serviços a serem prestados pelas organizações sociais, está dispensada de realizar licitação, desde que aquela atividade esteja prevista no contrato de gestão.

9.4.7. ADI 1923/DF

Em 1998, o PT e o PDT ajuizaram uma ADI contra diversos dispositivos da Lei das Organizações Sociais (Lei n.° 9.637/98) e contra o art. 1º da Lei n.° 9.648/98 que mudou a Lei n.° 8.666/93 para prever a dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais.

O STF finalmente julgou a ação.

Veja os principais pontos sobre o que foi decidido:

É inconstitucional a previsão de que as organizações sociais irão substituir a atuação de órgãos e entidades da Administração Pública e irão, elas próprias, desempenhar determinados serviços públicos não exclusivos?

NÃO. As organizações sociais exercem papel relevante, pela sua participação coadjuvante em serviços que não seriam exclusivos do Estado, e a Constituição admite essa coparticipação particular.

O programa de publicização é, portanto, legítimo e permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o terceiro setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos, como os de saúde e de educação.

O STF não pode engessar as opções políticas dos governantes e impedir que o Governo legitimamente eleito adote determinado modelo de Estado (no caso, o Estado gerencial).

Os incentivos previstos na Lei n.º 9.637/98 em favor das organizações sociais (recebimento de recursos orçamentários, cessão de bens e servidores etc.) são inconstitucionais?

NÃO. O Poder Público pode atuar no domínio econômico (atividades econômicas) ou na área social por meio de intervenção direta (quando ele mesmo age disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários) ou indireta (quando faz uso de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos). Essa atuação indireta ocorre mediante atividades de regulação do mercado ou de fomento (concessão de incentivos e estímulos).

Em qualquer das situações, o certo é que a Administração Pública atua sob o ângulo do resultado, ou seja, verificando se os objetivos buscados estão sendo atingidos. Assim, essa cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, é o que viabiliza (possibilita) a transferência para os particulares de atividades de interesse público exigindo das organizações sociais, em contrapartida, metas e resultados a serem alcançados.

A regra segundo a qual as organizações sociais podem usar bens públicos mesmo sem licitação (art. 12, § 3º da Lei n.º 9.637/98) é inconstitucional? A dispensa de licitação para que o Poder Público contrate organizações sociais (art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93) é inconstitucional?

NÃO. As dispensas de licitação instituídas no art. 12, § 3º, da Lei n.° 9.637/98 e no art. 24, XXIV, da Lei n.° 8.666/1993 tem a finalidade de induzir (fomentar) práticas sociais benéficas, ou seja, incentivar a atuação de organizações sociais que tenham firmado contrato de gestão e que sejam, assim, reconhecidas como colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. A isso chamamos de “função regulatória da licitação”.

Função regulatória da licitação: segundo essa teoria, 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 como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade. A possibilidade de contratação direta, sem licitação, de organizações sociais ou OSCIPs (Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público) é um exemplo dessa função regulatória da licitação já que, como essa prática, o Estado induz que essas entidades sejam criadas pelos particulares.

O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. Vimos acima que a organização social que celebrar contrato de gestão pode receber recursos orçamentários.

Recebendo esse dinheiro público, a organização social, quando contratar terceiros (ex: comprar produtos, serviços), é obrigada a fazer licitação? Dito de forma direta, a organização social submete-se ao dever de licitar?

NÃO. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei.

No entanto, por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, o regime jurídico das organizações sociais deve ser minimamente informado (influenciado) pelos princípios da Administração Pública (art. 37, "caput", da CF/88), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

Em outras palavras, quando a OS for contratar não precisará seguir as rígidas regras da Lei de Licitações de Contratos (Lei n.° 8.666/93), devendo respeitar, contudo, os princípios da Administração Pública elencados no caput do art. 37 da CF/88 (LIMPE) e as normas de seu regulamento interno (que irão explicar os passos necessários para a contratação).

Os salários pagos aos empregados das organizações sociais precisam ser fixados em lei, conforme exige o art. 37, X, da CF/88?

NÃO. Os empregados das organizações sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Logo, a sua remuneração não precisa ser fixada em lei (art. 37, X, da CF/88). Basta que seja prevista no contrato de trabalho firmado consensualmente entre a OS e o empregado.

A OS é obrigada a fazer concurso público para a contratação de seus empregados? NÃO. Não se aplica às organizações sociais a exigência de concurso público (art. 37, II, da CF/88). Vale ressaltar, no entanto, que o STF exigiu que as organizações sociais, quando forem contratar seus funcionários deverão fazer um procedimento objetivo e impessoal.

Resumo:

O Plenário do STF, por maioria, acolheu, em parte, pedido formulado na ADI para conferir interpretação conforme a Constituição e deixar explícitas as seguintes conclusões:

a) o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o disposto no art. 20 da Lei 9.637/98;

b) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF;

c) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei 9.637/1998, art. 12, § 3º) são válidas, mas devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF;

d) a seleção de pessoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do "caput" do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

e) qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas deve ser afastada.

9.5. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

9.5.1. Noções Gerais

Lei 9790/99. Pessoa jurídica de direito privado. Celebra vínculo com estado por meio de um **TERMO DE PARCERIA**. A administração quer um projeto, a OSCIP tem um recurso, então tem natureza contratual. Doutrina diz que este termo tem natureza contratual.

JCSF diz aqui também que a OSCIP tem natureza de **convênio administrativo**, porque não há interesses contrapostos e sim cooperação, objetivos de interesses comuns.

Este termo será utilizado para viabilizar um PLANO/PROJETO de trabalho, projeto de modernização, da informática, saúde...

Para isso ela recebe **RECURSOS PÚBLICOS**.

Para a OSCIP para celebrar termo de parceria **deve existir ao menos há 3 anos** neste ramo de atividade, em TESE, representa alguma eficiência, a experiência anterior pode contribuir.

Na OSCIP não há interferência de administradores, é **PRIVADA** mesmo. A Administração da OSCIP não tem interferência de administradores públicos, não há gestão pública, é privada.

9.5.2. Dispositivos importantes da Lei 9790/90 (LOSCIP)

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º 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;
IX - As organizações sociais; (caiu MP/SC/2008)
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.

*Art. 9º 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. 3º desta Lei.*

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo. (e NÃO pelo MP)
§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.
§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.
§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

*Art. 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer **irregularidade ou ilegalidade** na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata **ciência ao Tribunal de Contas** respectivo e ao **Ministério Público**, **sob pena de responsabilidade solidária**.*

9.6. QUADRO ESQUEMÁTICO: CONSÓRCIOS PÚBLICOS, ENTIDADE DE APOIO, SISTEMA "S", OS, OSCIP.

Criação	**Contrato multilateral** entre os entes federativos.	Constituída pelos próprios servidores dentro da autarquia. Lei 8958/94	Lei autorizadora + registro no CRPJ.	Extinção de estrutura da Admin. com transferência através de **Contrato de Gestão**. *Qualificação.*	Através de **Termo de Parceria** são delegadas atividades para maior otimização de serviços. *Qualificação.*
Natureza jurídica	Direito Público (associação pública – *autarquia*) Direito Privado *(híbrido – similar a EP e SEM)*	Direito Privado, dentro de um de Direito Público.	Direito privado	Direito Privado	Direito Privado.
Atividades	Mútua cooperação entre os pactuantes, visando realização de objetivos de interesse comum.	Investimento em pesquisas (dentro de Universidades, Hospitais...)	Execução de atividades de **utilidade pública** beneficiando certos setores sociais ou profissionais. Sem fins lucrativos.	Serviços NÃO exclusivos do estado (cultura, saúde, pesquisa científica...). Sem fins lucrativos.	Execução direta de projetos, programas e planos de ação, entrega de recursos humanos... Sem fins lucrativos.
Licitação	Lei 8.666/93 ****Dispensável** no caso de AD ou AI (integrante) celebrar **Contrato de Programa** com o **CP** (art. 24 XXVI). **Valores **dobrados** (três entes) ou **triplicados** (mais de três entes).	Deveria licitar, mas não lícita, não há regulamentação.	Lei 8.666/93 **Procedimento simplificado**	(para contratar OS não ocorre – "entidade fantasma"). **Ente a qual é vinculado,** não precisa para contrato *decorrente* do contrato de gestão.	**Ente a qual é vinculado,** não precisa para contrato *decorrente* do termo de parceria.
Regime Pessoal	D. Público: depende. D. Privado: CLT		CLT Emprego. Equiparado a servidor em algumas situações.		
Concurso	Com concurso.		Com concurso (de acordo com **TCU**)		
Responsabilidade Civil	Objetiva	?	Subjetiva	Subjetiva	Subjetiva
Juízo Competente	Depende		Justiça Estadual		
Controle dos atos	TC (contas do representante legal do consórcio), TC's das pessoas federativas, Judicial.		TC, Judiciário, ministerial (finalístico).	TC	

Imunidade tributária	Imunidade recíproca		**Pode** ter privilégio se tiver caráter assistencial.		
Privilégios Processuais	Fazenda pública (se Direito Público).		Sem privilégios.	Sem privilégios	JEC
Débitos Judiciais	Fazenda pública.		Execução Civil		
Bens	Impenhoráveis		Penhoráveis		
Peculiaridades	→Previsão de: **Contrato de Programa** **Contrato de Rateio** ***→Poderes Jurídicos*** -Celebrar qualquer tipo de acordo com 3ºs -Instituição de tarifas e preços públicos se SP. -Delegar através de Concessão/permissão (contrato) ou autorização (ato administrativo)	**Não integra a Admin. Pública.**	**Não integra a Admin. Pública.** Recursos angariados de **Contribuições Parafiscais.**	**Não integra a Admin. Pública.** Ingerência de administradores públicos nos Conselhos de Administração.	**Não integra a Admin. Pública.** NÃO HÁ ingerência de administradores públicos nos Conselhos de Administração. Menos atreladas ao Poder público do que as OS.
Escolha do dirigente	O representante do Consórcio pode ser um chefe do poder executivo de um dos entes envolvidos.		Presidente (?)		
Exemplos:		FINATEC, FUSP	SESI, SENAI, SENAC	Associação Brasileira de Tecnologia.	Organização Ponto Terra, Instituto Arte Vida.

*Para **JSCF,** tanto Consórcios Públicos, OS's como OSCIP's tem natureza de **convênio** (ver convênios).

ATOS ADMINISTRATIVOS

1. FATO JURÍDICO E FATO ADMINISTRATIVO

1.1. INTRODUÇÃO

Quando um acontecimento atinge a órbita do direito, de forma a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, torna-se fato jurídico.

De forma semelhante, quando um acontecimento atinge a ADMINISTRAÇÃO, trata-se de **fato administrativo**. No entanto, o conceito deste último é mais abrangente, pois não necessita que ocorra a interferência na esfera de direitos.

Exemplo: Morte do alguém = Fato jurídico (fim da personalidade). Se for um servidor público = Fato Administrativo (cargo fica vago, abre-se concurso para o provimento dessa vaga etc.).

Se no fato jurídico há **uma manifestação de vontade,** torna-se um ATO jurídico. Se esse ato jurídico atingir a órbita do Direito Administrativo é um **ato administrativo,** excluindo a manifestação de vontade de atos privados, que como veremos a seguir, não entram no conceito de ato administrativo. (exemplo de ato administrativo: Estado, manifestando vontade, desapropria uma casa. Vai aumentar a lista de bens públicos, logo atinge o Direito Administrativo).

1.2. FATO ADMINISTRATIVO # ATO ADMINISTRATIVO

Ato que atinge o mundo jurídico e o direito administrativo, é *ato administrativo*. Manifestação de vontade que atinge o jurídico é ato jurídico, se atinge mais especificamente o direito administrativo é ato administrativo.

Exemplo: pessoa quer adquirir casa, estabelece contrato de compra e venda, ato jurídico. Imagine, contudo, que a manifestação de vontade foi emanada do Estado e, para isso, ele desapropria, manifesta à vontade invadindo a órbita do direito administrativo.

As condutas administrativas que não têm manifestação de vontade**, ou seja, não produzem efeitos jurídicos específicos, não são consideradas como atos administrativos**. Tais condutas se configuram somente como fatos administrativos, ou no conceito de Diógenes Gasparini: **Atos ajurídicos**. Tais atos, apesar de não se dirigirem a um fim específico, podem por consequência interferir em relações jurídicas. Como exemplo desses fatos administrativos, podemos citar os meros trabalhos dos agentes públicos, como a condução de uma viatura, ou a digitação de um ofício.

1.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS

Ato da administração é aquele ato praticado pela administração.

Temos um grande conjunto de atos da administração, e estes podem seguir o regime de **direito público** ou de **direito privado** (exemplo: a administração para celebrar contrato de locação precisa licitar, e apesar de licitar – direito público - o contrato é regido pelo direito privado, é um ato da administração porque quem fez foi a administração).

Este grande conjunto dos atos da Administração Pública é divido ao meio. De um lado os atos regidos pelo Direito Privado e outro pelo Direito Público. Se os atos praticados pela administração são regidos pelo regime público, eles são também chamados de atos administrativos.

Se o ato for praticado pela administração, é *ato da administração*, e se for praticado pela administração e for de regime público, será ***ato administrativo*.**

Se quem pratica o ato é concessionária, empresa privada que está **fora** da administração, **não é ato da administração** porque não foi feito pela administração, porém se o regime for **público** será ato administrativo, mas não feito pela administração.

É o caso das concessionárias (empresa privada) que corta a energia do cidadão, por exemplo. Mas como não são praticados pela Administração, não são atos da administração.

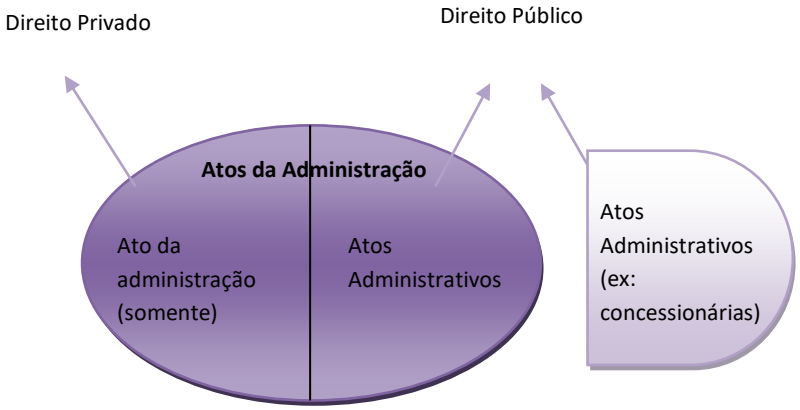
Então, encontramos atos administrativos no regime público que não foram praticados pela administração.

Resumindo:

a) O ato é praticado pela administração e o regime é privado = **Ato da administração** (mas não ato administrativo).

b) O ato é praticado pela administração e o regime é público = é ao mesmo tempo ato da administração e ato administrativo. **Ato da administração (porque quem pratica é administração) e Ato administrativo (está sujeito ao regime público).**

c) O ato não foi praticado pela administração, está fora da administração (concessionárias, permissionárias de serviços públicos), porém é regido pelo regime público. **Ato administrativo (regime público, mas fora da administração).** Exemplo: Atos praticados por concessionárias ou permissionárias – corte de energia elétrica.



2. ATO ADMINISTRATIVO

2.1. CONCEITO

***Sentido AMPLO*:** Manifestação de vontade do Estado (Ato da Administração) ou de quem o represente (concessionárias, permissionárias etc.), criando, modificando ou extinguindo direitos, na busca do interesse público, sujeito ao Regime Jurídico de Direito Público; sendo complementar e inferior à lei, ficando sujeito ao controle pelo poder judiciário (apenas quanto à legalidade, não quanto à conveniência e oportunidade).

Entram aí quase todos os tipos de atos (unilateral, bilateral, punitivo, normativo etc.).

Regime jurídico deve ser público, pois a finalidade do ato é a busca pelo interesse público; como sabemos o regime jurídico privado se coaduna com a busca dos interesses particulares, devendo ser usado o regime privado apenas subsidiariamente.

***Sentido ESTRITO*:** HLM apresenta ainda um conceito de ato administrativo em sentido estrito. Trata-se do conceito amplo com o acréscimo dos requisitos da concretude e unilateralidade. Para Hely, o ato em sentido estrito deveria ser unilateral e concreto. Não entraria nesse conceito o ato normativo (abstrato) e o ato negocial (contrato bilateral).

Não é preciso aprofundar o conceito de ato administrativo.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO (REQUISITOS DE VALIDADE)

3.1. INTRODUÇÃO

3.1.1. Doutrina majoritária e tradicional

Seguindo a orientação da doutrina majoritária, temos os seguintes elementos:

1. Sujeito/competência

2. Forma
3. Objeto
4. Finalidade
5. Motivo

Dica: “MoCoFiF**ob”** ou “OBcomFIfoMO”

Relembrando negócio jurídico – plano de existência → mAGofo, manifestação de vontade, agente, objeto, forma. Plano de validade: qualificar os elementos do plano de existência: manifestação LIVRE, agente CAPAZ, objeto LÍCITO, e forma NÃO VEDADA.

3.1.2. Classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo

Neste ponto **CABM,** não faz essa enumeração, ele difere, mas a ideia é a mesma. Para CABM, os atos administrativos têm pressupostos e elementos.

CABM distingue ELEMENTOS de PRESSUPOSTOS. Elementos seriam os aspectos indispensáveis para a existência do ato jurídico (condição de existência **de ato jurídico** - nem fala ainda em ato **administrativo**).

Teriam ainda os PRESSUPOSTOS de EXISTÊNCIA e de VALIDADE **dos atos administrativos.**

Assim, Celso Antônio faz a seguinte distinção:

1) ELEMENTOS dos atos administrativos para CABM

Elementos: partes componentes de um todo.

a) Conteúdo (é a decisão, **objeto**);

b) Forma: exteriorização (**forma)**;

2) Pressupostos de EXISTÊNCIA para CABM

Pressupostos: exteriores e necessários ao ato.

a) Objeto: sobre o que se decide (**objeto**);

b) Pertinência do ato à função administrativa – se o ato não foi praticado em função de uma atividade administrativa, ele será um não ato administrativo.

3) Pressupostos de VALIDADE

a) Pressuposto subjetivo (**sujeito/competência**);

b) Pressupostos objetivos: motivo (**motivo**) e requisitos procedimentais (**forma**), também chamado de ato-condição;

c) Pressuposto teleológico (**finalidade**);

d) Pressuposto lógico: causa (**motivo**);

e) Pressuposto formalístico: forma específica (**forma**).

Podem ser esquematizados da seguinte forma:

- para CABM este título é melhor definido da seguinte maneira:
- o termo elementos sugere a idéia de parte componente de um todo, entretanto, alguns elementos aqui elencados não podem ser considerados partes do ato pois são exteriores a ele, surgindo assim a expressão pressupostos que serão divididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade

Elementos		- conteúdo = é a decisão = **OBJETO** - forma = exteriorização = **FORMA**
Pressupostos	de existência	- objeto = sobre o que se decide = **OBJETO** - pertinência do ato ao exercício da função administrativa (para fç adm)
	de validade	- pressuposto subjetivo (sujeito) = **SUJEITO** - pressuposto objetivo = motivo = **MOTIVO** - pressuposto objetivo = requisitos procedimentais = proc. adm. prévio = **FORMA** - pressuposto teleológico (finalidade) = **FINALID.** - pressuposto lógico (causa) = **MOTIVO** - pressuposto formalístico = forma específica = **FORMA**

- sem os elementos = não há ato algum, nem mesmo jurídico,
- sem os pressupostos de existência = não há ato administrativo,
- sem pressupostos de validade – falta ato administrativo válido (será inválido)

Mas vamos com a doutrina majoritária, que não faz essa distinção. Tudo é requisito de validade do ato administrativo.

3.1.3. Previsão legal

Estão enumerados na Lei de Ação Popular 4717/65 (ela pode ser ajuizada pelo cidadão quando existir ato inválido).

> *LAP Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:*
> *a) incompetência;*
> *b) vício de forma;*
> *c) ilegalidade do objeto;*
> *d) inexistência dos motivos;*
> *e) desvio de finalidade.*

4. ESTUDO DOS ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS SEGUNDO A DOUTRINA MAJORITÁRIA

4.1. SUJEITO/COMPETÊNCIA

Somente o agente público no exercício de função administrativa, ou seja, todo aquele que exerce uma função pública administrativa, estando dentro da Administração (agentes da Administração) ou fora dela (agentes delegatários). Conceito bem amplo (funcionários de concessionárias, mesários, jurados). Com vínculo permanente ou temporário, função remunerada ou não. Por tratar apenas daqueles que exerçam função administrativa, excluem-se os magistrados e parlamentares, quando do exercício de suas funções típicas.

Não basta ser agente público, deve ser agente com competência definida em lei para realizar determinado ato. Essa definição de *competência deve estar na lei ou na CF*.

Exemplo: A Lei diz: compete ao prefeito zelar pelos bens públicos.

Características desta competência:

- Obrigatória;
- Irrenunciável;
- Imodificável;
- Não Transacionável;
- Imprescritível;
- Improrrogável (em regra);
- Excepcionalmente prorrogável (a exceção).

Vejamos:

4.1.1. Obrigatória

Função pública é encargo, obrigação, dever. Competência administrativa significa Exercício Obrigatório. PODER-DEVER. (CABM: Dever-poder)

4.1.2. Irrenunciável

Função pública é atuar em nome do interesse público, logo não pode abrir mão da competência. Todo poder é irrenunciável. Princípio da indisponibilidade do interesse público.

4.1.3. Imodificável

Quem define a regra de competência é a lei, o administrador não pode modificar esta competência. IMODIFICÁVEL pela vontade do administrador.

4.1.4. Não é transacionável

O administrador não pode transacionar a competência. Quem define é a lei, sendo assim ele não pode fazer transação de competência.

4.1.5. Imprescritível

O administrador não perde a competência pelo decurso do prazo. Imprescritível.

Exemplo: O administrador é a autoridade competente para aplicar a sanção por infração funcional, depois de 10 anos, continuará tendo essa competência.

4.1.6. Improrrogável

A competência administrativa NÃO pode ser prorrogada (na legalidade pelo direito público o administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina), mesmo que não alegado, a autoridade continua incompetente.

Se as partes não alegam, não deixa de ser incompetente o administrador. Não existe a incompetência relativa prorrogável do Processo civil, até pelo princípio da legalidade, ou seja, se a lei diz que é incompetente, sempre será incompetente.

4.1.7. Excepcionalmente prorrogável

Delegação de competência administrativa é possível. Porém não é a regra, pois se fosse o administrador sempre delegaria o que não lhe agrada, ela deve ser uma exceção e deve ser sempre justificada. Sendo possível delegar, é possível avocar também a competência. Pode ocorrer então: **delegação** excepcional justificada e **avocação** da competência.

Quando delega a competência, as duas se tornam competentes, não abre mão da competência. A **competência é cumulativa.**

Exemplo: Presidente é o representante da PJ da União. Em tese, deveria assinar todos os contratos celebrados pela União. Não teria como o Presidente assinar todos os contratos. Por isso, é admissível que delegue competência para ministros assinarem por ele etc.

Leitura dos arts. 11 a 15 da lei 9784/99 (**leitura obrigatória agora**! Lei de processo Administrativo).

> *DA COMPETÊNCIA*
> *Art. 11. A competência **é irrenunciável** e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.*
>
> *Art. 12. 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.
Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:
I - A EDIÇÃO de atos de CARÁTER NORMATIVO;
II - A DECISÃO de RECURSOS ADMINISTRATIVOS;
III - as matérias de COMPETÊNCIA EXCLUSIVA do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.
§ 1o O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.
§ 2o O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.
§ 3o As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

*A **delegação** está PROIBIDA em três circunstâncias (não é rol taxativo):

Competência EXCLUSIVA não pode ser delegada, é dela e exclui todos os outros. (Competência privativa pode);

Competência para ATO NORMATIVO também não pode ser delegada. Atos normativos também não podem ser delegados;

Competência para DECISÃO em recurso administrativo NÃO pode ser delegada. (princípio do juiz natural).

4.2. FORMA DO ATO

4.2.1. Considerações

A vontade deve ser exteriorizada (manifestação de vontade), mas não de qualquer forma. Deve ser pela forma prevista em lei. Será exteriorizado cumprindo as formalidades específicas.

Exteriorização;

Forma Prevista em lei;

Formalidades específicas.

Vale o princípio da solenidade ou do informalismo? O ato administrativo tem formalidades específicas, por isso está sujeito ao ***PRINCÍPIO DA SOLENIDADE.***

O ato administrativo, como regra, deve ser feito por escrito, mesmo que a lei não estabeleça (PRINCÍPIO DA SOLENIDADE). Porém, excepcionalmente, pode ser de outra maneira? Por exemplo: no final de semana temos balada e por consequência blitz da polícia, teste do bafômetro etc. Quando o guarda sinaliza para encostar, esse sinal é um ato administrativo? Sim. Ele não escreveu nada, é um ato administrativo gesticulado. É possível que um ato seja de outra maneira quando a lei assim AUTORIZAR. A regra é que seja escrito.

Contrato administrativo VERBAL é possível? Sim é possível em exceção, essa previsão está no art. 60 § único da lei 8.666, pronta-entrega, pronto pagamento até 4.000 reais. É uma **exceção autorizada por lei.**

> *Lei 8666 Art. 60, Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.*

REGRA: escrito.

EXCEÇÃO: quando a lei autorizar outra forma.

4.2.2. Silêncio administrativo

É um NADA jurídico, salvo quando a lei der a ele um efeito (“em 10 dias a administração não responde é sim, ou não...”).

Exemplo: falta de resposta para o pedido de licença para construir.

Pode-se ir ao judiciário para pedir suprimento desta omissão? Exemplo: Art. 5º inc. LXXVIII da CF.

> *CF Art. 5º*
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
> *b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
> *LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Se a lei nada diz, cabe pela via administrativa fazer uso do direito de petição. Em não obtendo êxito, pode recorrer à via judicial, impetrando um MS para garantir o direito líquido e certo de **petição** (direito de pedir e obter uma resposta), ou ajuizando uma ação condenatória ao

cumprimento de obrigação de fazer (obrigação de se manifestar; não de conceder o pedido feito administrativamente).

Na decisão do mérito do MS o juiz não pode suprir a omissão do administrador; deve apenas impor um prazo razoável (garantia fundamental) para que a Administração se manifeste, fixando alguma sanção para o eventual não cumprimento (Doutrina majoritária).

Cuidado CABM:** traz observação – para os atos administrativos vinculados de mera conferência de requisitos, nos quais ele terá de deferir, por que o juiz não pode fazer isso no lugar dele? Tudo bem que fixe um prazo para o administrador, mas se for somente ato vinculado com mera conferência de requisitos (estritamente vinculado), para CABM, o juiz pode decidir, suprir a omissão do administrador. ***Não é a posição majoritária (violação à separação dos poderes).

Vale lembrar ainda que, dependendo da natureza do **silêncio** ou **omissão**, poderão ser adotadas medidas que rendam ensejo à responsabilização administrativa, civil ou penal do administrador omisso.

4.2.3. Processo administrativo

Onde se arquiva o decreto expropriatório? Assim como a sentença judicial é resultado do processo judicial, o *decreto expropriatório é resultado de um processo administrativo,* então ele será guardado no processo administrativo de expropriação, a demissão no processo administrativo disciplinar, o contrato administrativo no processo administrativo de licitação. O ato administrativo é resultado de um processo administrativo.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO **é condição de forma**, uma vez que todo ato administrativo deve ser precedido de um processo administrativo. (exemplo: multa de trânsito deve ter antes uma notificação, defesa etc.).

Para a validade do ato administrativo precisamos de processo administrativo prévio (com todas as garantias constitucionais a ele inerentes, inclusive o princípio do ***devido processo legal,*** com o contraditório e a ampla defesa).

Ato realizado sem as condições de forma do processo administrativo é **NULO.**

Por conta disso, o STF tem anulado (por vício de forma) muitos atos que não têm sido precedidos de processos administrativos constitucionais, ou seja, com observância dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Existem processos amplos e mitigados, como uma simples anexação de um documento.

O processo é o mecanismo de documentação, conta a história da administração, exemplo: contrato emergencial, não precisa licitação, para provar a emergência precisará de processo administrativo – o processo administrativo serve para **legitimar a conduta do administrador**.

CUIDADO: Ampla maioria diz que a forma está prevista em lei. No entanto, há uma autora que diz que a forma é livre. O "caminho" (processo, procedimento, passagem do ato), como se desenvolve até a "forma fim", até o final do processo, tem certa liberdade, no entanto a "forma fim" de fato, (a forma escrita, por exemplo) deve estar prevista em lei.

> *ATO ADMINISTRATIVO: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – 3 [...]***Reputou-se que, no caso, o cancelamento de averbação de tempo de serviço e a ordem de restituição dos valores imposta teriam influído inegavelmente na esfera de interesses da servidora. Dessa maneira, a referida intervenção estatal deveria ter sido antecedida de regular processo administrativo, o que não ocorrera, conforme reconhecido pela própria Administração. Ressaltou-se que seria facultado à recorrente renovar o ato ora anulado, desde que respeitados os princípios constitucionais. Destacou-se, ademais, que a servidora teria percebido os citados valores de boa-fé, pois o adicional fora deferido administrativamente***. A Min. Cármen Lúcia propôs a revisão do Verbete 473 da Súmula do 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"), com eventual alteração do seu enunciado ou com a concessão de força vinculante, para que seja acrescentada a seguinte expressão "garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial". Advertiu que, assim, evitar-se-ia que essa súmula fosse invocada em decisões administrativas eivadas de vícios. RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.9.2011.(RE-594296) inf. 641, plenário*

4.2.4. Motivação

É condição de FORMA do ato administrativo. É justificativa, fundamentação, mas o mais importante: ***é o raciocínio lógico que leva à prática do ato.*** É a correlação lógica dos elementos dos atos administrativos e a previsão legal.

A motivação é obrigatória ou facultativa?

1ªCorrente (JSCF): a motivação é **FACULTATIVA**, só sendo obrigatória em algumas circunstâncias. (**Posição Minoritária).** Ele diz que é facultativa, pelos seguintes motivos:

Quando legislador quis que fossem motivados, deixou expresso, como por exemplo, os atos administrativos do poder judiciário, o art. 50 da lei 9.784/99 traz uma lista de atos administrativos que necessitam de motivação, então se o legislador fez uma lista de obrigatoriedades, nas demais circunstâncias (não constantes da lista) é facultativa.

O art. 93, CF diz que os atos praticados pelo **poder judiciário** devem ser motivados. Estabeleceu-se obrigatoriedade para o judiciário, caso quisesse que os outros devessem motivar também, teria estendido expressamente aos outros.

Poderia cogitar-se necessidade de motivação nos **atos discricionários**, eis que neste precisaria demonstrar uma maior sintonia entre a vontade da lei e a decisão tomada pelo administrador, tendo em vista que, neste caso, tem liberdade de acordo com a conveniência e oportunidade, portanto, precisaria fundamentar/justificar o ato.

Entretanto, nos **atos vinculados** não haveria a mínima necessidade, isto porque nesses atos o administrador age ao serem preenchidos os requisitos legais, sem liberdade de acordo com conveniência e oportunidade, portanto, para legitimar o ato, o exame é a simples comparação "lei-ato".

2ª Corrente (STF e doutrina MAJORITÁRIA): a motivação em regra é **OBRIGATÓRIA**. Há exceção. Exemplo de exceção: exoneração *ad nuttum*.

TRT/2ª fase: O dever de motivar os atos administrativos encontra-se na legislação constitucional de forma explícita ou implícita? E na norma infraconstitucional? Aponte os dispositivos normativos e explique-os.

O STF reconhece não só as *previsões legais EXPLÍCITAS*, mas também o *dever de motivar* IMPLÍCITO no texto constitucional, sob os seguintes fundamentos:

1º Fundamento: Na CF a motivação dos **atos administrativos judiciários** está EXPLÍCITO no art. 93, para os demais atos administrativos o dever está IMPLÍCITO.

2º Fundamento: Se o poder judiciário (que somente excepcionalmente faz atos administrativos) tem o dever de motivar, quanto mais os poderes que praticam atos administrativos como regra;

> ***CF** Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*
> *X- **As decisões ADMINISTRATIVAS dos tribunais serão MOTIVADAS** e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;*

3º Fundamento: O povo, titular do poder, deve ter conhecimento de toda decisão. Todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único da CF).

> *CF Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

4º Fundamento: Art. 1º, II. Exercício da cidadania. Para ser possibilitado esse exercício (através de uma ação popular), o cidadão precisa ter conhecimento dos fundamentos da decisão para questioná-la.

> *CF Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
> *II - A cidadania;*

5º Fundamento: Art. 5º XXXIII. Direito à informação.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *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; (Regulamento)*

6º Fundamento: Art. 5º XXXV. Direito à prestação jurisdicional. Para que o poder judiciário possa rever os atos, deve ter conhecimento prévio dos fundamentos da decisão administrativa.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

7º Fundamento: Na norma infraconstitucional está EXPLÍCITO. Lei 9784/99, na qual o dever de motivar começa no art. 2º e 50.

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **MOTIVAÇÃO**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

"Princípio da motivação!"

> *5Art. 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.
§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

E quanto ao art. 50 dessa lei, que traz a lista dos atos necessários de motivação? A doutrina majoritária entende que essa lista, por ser tão abrangente, ***inclui todos os atos administrativo***s (Carvalho Filho é dissidente).

Se o administrador celebra um contrato sem motivação, quando acionado pelo TCU, arranja uma justificativa na última hora (motivação), ela pode facilitar a sua condição, mas NÃO SUPRE o dever de motivar, a ***motivação deve ser antes ou no máximo durante*** a prática do ato administrativo, não pode ser POSTERIOR (se for, o ato é viciado).

4.2.5. Espécies de vícios de forma

Existem três vícios de forma: (Carvalho Filho só vê dois, sanável e insanável)

Mera irregularidade: Defeito de padronização, de uniformização, que não compromete o conteúdo e a validade. Não precisa ser consertado (exemplo: era para ser feito com caneta azul e foi feito com caneta preta).

Vício de forma sanável: Transforma o ato em anulável. Precisa ser corrigido (exemplo: o ato precisava da assinatura de dois agentes e só um assinou). Se corrigido, convalida o ato.

Esses dois são a regra. Mas em situações excepcionais surge um vício mais grave:

Vício insanável: Ato nulo, não podendo ser convalidado ou confirmado (contrato administrativo feito sem licitação, vício de competência).

4.3. MOTIVO

4.3.1. Conceito e requisitos

É o elemento objetivo. É a situação de fato ou de direito que levam à prática do ato. Diferente da motivação, que é toda explicação e fundamentação da decisão no **texto do ato. O motivo do ato pode "estar fora do ato" (JSCF), a justificativa, a motivação não.**

Motivo de direito: Quando a situação fática que conduz à prática do ato é prevista em norma legal, nesse caso só cabe ao administrador aplicar o que a lei prevê. Ocorre aqui a prática de um ATO VINCULADO.

Motivo de fato: A situação fática não é prevista em lei, cabendo ao administrador delineá-la através dos critérios de conveniência e oportunidade. É o próprio administrador que elege a situação fática geradora da vontade, praticando assim, um ATO DISCRICIONÁRIO.

Exemplo: Poder público fecha fábrica que gera muita poluição.

Motivo de fato: Poluição.

Exemplo: Demissão de servidor.

Motivo de direito: Prática de infração funcional grave.

O motivo precisa ser LEGAL para que ato seja legal. ***E o que significa a LEGALIDADE deste motivo?***

Para que assim seja, três requisitos:

1) Motivo deve ser verdadeiro. Se alegar motivo falso ou inexistente o ato é ilegal.

Exemplo: Contratar servidor para a mesma vaga de um cidadão exonerado no dia anterior (*ad nutum*) sob o motivo de contenção de despesas. Ora, o motivo então não foi verdadeiro, logo a exoneração foi ilegal.

2) Motivo declarado deve estar compatível com o motivo previsto na lei.

Exemplo: Não posso usar a demissão para punir infração leve. Nesse caso, era uma situação de fato já delineada na lei (motivo de direito), gerando **ato vinculado**.

3) O motivo declarado deve estar compatível com o resultado do ato ***(congruência)***.

Exemplo: Não posso tirar o porte de arma de 'A' porque 'B' fez mau uso de sua arma. Se o resultado do ato é tirar o porte de 'A', quem deve ter feito mau uso da arma é 'A'. Não posso alegar um motivo estranho ao resultado do ato.

4.3.2. Teoria dos Motivos Determinantes

Uma vez declarado o motivo, ele deve ser cumprido, o administrador está vinculado a esse motivo. Uma vez declarado o motivo, o administrador deve obedecê-lo.

Em exoneração *ad nuttum* não precisa de motivo, porém se o administrador decidir declarar este motivo, ele ficará vinculado, ele deverá cumpri-lo.

No entanto, para aplicar a teoria dos motivos determinantes (obedecer ao motivo declarado), esse motivo deve ser legal. Imagine que o administrador exonere alegando como motivo uma briga pessoal.

Trata-se de motivo ***ilegal***, logo o ato não poderá ser cumprido com base nesse motivo.

OBS: Se apenas UM motivo for ilegal, isso não compromete a legalidade do ato. CESPE deu como verdadeiro, baseado nessa decisão do STF:

STF: Se o motivo do ato for secundário e se este motivo for ilegal **não compromete** a validade do ato. Mas se for motivo principal compromete a validade do ato (MS 7898).

OBS1: Atos de "MOTIVAÇÃO PLÚRIMA": um ato com vários motivos. Mesmo que houvesse 10 motivos, e 09 sendo invalidados, desde que um se mantenha, o ato continua surtindo efeitos.

OBS2: Atos com "MOTIVOS ALIUNDE": o motivo vem de um ato anterior, parecer, perícia...etc. Esse ato anterior integra o próximo ato como motivação.

Quando o administrador declara motivo FALSO, viola a teoria dos motivos determinantes. CERTO. Sendo o motivo falso (ilegal), não há como ele se vincular a ele, não há como ele cumprir, portanto viola a teoria dos motivos determinantes (motivo declarado vincula).

4.3.3. Tredestinação

É o desvio de finalidade do bem expropriado. Poder público desapropria imóvel para construção de hospital. Motivo: Construção de hospital. Pode depois construir uma escola? Sim. Na desapropriação é possível a mudança de motivo desde que mantida uma ***razão de interesse público*** (desde que não haja desvio de finalidade). É a chamada **TREDESTINAÇÃO LÍCITA**. É uma mudança de motivo legal, autorizada, que não ofende a teoria dos motivos determinantes. Ver desapropriação.

4.4. OBJETO

Fechamento de fábrica poluente. Qual o objeto? Fechamento. É o que o ato faz em si mesmo, o resultado prático do ato administrativo.

Objeto é a alteração no mundo jurídico que o ato quer provocar, é o resultado prático do ato administrativo. Exemplo: Dissolver, conceder, indeferir, permitir etc. Consideração minha: é um verbo!

É a resposta para a pergunta: "Para que serve o ato"?

O objeto deve ser lícito, possível e determinado.

Objeto lícito do ato administrativo: é aquele conforme o ordenamento jurídico. Critério de subordinação à lei. Precisa estar previsto, autorizado pela lei, não basta estar conforme o ordenamento.

Objeto possível: objeto faticamente possível. Salvo a carreira militar, servidor depois de morto não pode ser promovido, não é faticamente possível.

Objeto determinado: precisa ser claro e preciso. Ato de nomear: Deve dizer a quem vai nomear.

4.5. FINALIDADE

4.5.1. Conceito

Finalidade é o elemento que representa a busca pelo interesse público. Sempre é uma razão de interesse público. Pode até atender mais de uma finalidade pública (saúde pública e proteção a bens públicos, por exemplo), mas não pode ter outro fim que não seja o interesse público.

Exemplo: Dissolução de passeata tumultuosa. Apontar os elementos do ato.

- Motivo (passado): É o tumulto (elemento que provoca a prática do ato).
- Objeto (presente): Dissolução da passeata (resultado prático).
- Finalidade (futuro): Ordem pública, proteção dos bens públicos (interesse público que quer se proteger com ato).

Se o ato persegue finalidade que não é razão de interesse público, o ato está viciado por abuso de poder (desvio de finalidade ou "desvio de poder"). Além de ferir os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativa.

Exemplo: Governador tem uma filha, que começa a namorar um servidor. Governador resolve remover o servidor (namorado) para longe. Ocorreu desvio de finalidade. Ou seja, o ato foi praticado com outra finalidade que não o interesse público.

Desvio de finalidade é vício ideológico, vício subjetivo, defeito na vontade.

Desvio de finalidade é vício na finalidade? Verdadeiro.

Desvio de finalidade é vício na finalidade e no motivo? Verdadeiro. Se a finalidade é viciada o administrador das duas uma: ou ele vai ter de mentir na hora do motivo ou vai declarar um motivo contrário à lei. Nos dois casos o motivo é ilegal e o ato será ilegal.

4.5.2. Finalidade X Objeto

FINALIDADE é o fim MEDIATO do ato, qual seja, o interesse público.

OBJETO é o fim IMEDIATO, qual seja, o **resultado prático** que se busca com a vontade.

5. ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS X ELEMENTOS DOS ATOS

Ato vinculado: Sem juízo de valor, sem liberdade, condicionado à lei. Exemplo: Licença e concessão de aposentadoria.

Ato discricionário: Liberdade, juízo de valor, conveniência e oportunidade (nos limites da lei). Exemplo: Autorização e permissão de uso.

Quais elementos dos atos são vinculados e quais são discricionários?

Competência: Quem define é a lei ou a CF, logo o elemento competência é vinculado. Competência é elemento **vinculado** (sempre), tanto para ato vinculado quanto discricionário.

Forma: É a prevista em lei. Tal como competência, a forma é elemento **vinculado**. Salvo pensamento dissidente apontado acima no item próprio.

Finalidade: Sempre é a busca pelo interesse público, logo a finalidade também é **vinculada**.

Motivo: **Depende** do ato.

- Quando ato VINCULADO (exemplo: aposentadoria, em que o preenchimento dos requisitos é o motivo) o motivo é **vinculado**.
- Quando ato DISCRICIONÁRIO, podemos explicitar com um exemplo: permissão de uso de mesas na calçada – autorização para uso de bem público. Se o poder público entender ser a rua tranquila, defere a permissão; se for rua perigosa não defere. Isso (fato de ser tranquila ou perigosa) é o motivo, que pode ser valorado pelo administrador conforme o caso concreto. Nesse caso, o **motivo** é discricionário. Se ele pode deferir ou indeferir, o **objeto também é discricionário**.

Objeto: **Depende**.

- Quando ato vinculado (exemplo: aposentadoria, o objeto é a concessão da aposentadoria) o objeto é vinculado. Ou seja, se o cidadão preenche todos os requisitos para a concessão, não pode a autoridade limitar a concessão, pois o objeto é vinculado.
- Quando ato discricionário, ver acima, mesma explicação do motivo.

ELEMENTO	VINCULADO	DISCRICIONÁRIO
COMPETÊNCIA	Vinculada	Vinculada
FORMA	Vinculada	Vinculada
FINALIDADE	Vinculada	Vinculada
MOTIVO	Vinculado	Discricionário
OBJETO	Vinculado	Discricionário

OBS: mesmo no ato vinculado, o administrador terá liberdade quanto ao prazo, isto é, tendo 10 dias, ele poderá praticar dentro desse prazo quando quiser.

6. MÉRITO ADMINISTRATIVO

6.1. CONCEITO

Mérito administrativo é o juízo de valor que o administrador possui ao praticar um ato discricionário. É a análise de conveniência e oportunidade do ato que o administrador faz na busca do melhor interesse coletivo.

Como já vimos no estudo dos elementos dos atos, os únicos que podem ser valorados, ou seja, que não são necessariamente vinculados ao que a lei determina, são os motivos e o objeto do ato (no ato discricionário, obviamente).

Portanto, o MÉRITO do ato administrativo, presente apenas nos atos discricionários, significa a análise de conveniência e oportunidade quanto à escolha do motivo e do objeto do ato administrativo.

Mérito do ato administrativo é motivo e objeto do ato discricionário. FALSO.

Mérito é juízo de valor, é conveniência e oportunidade. O mérito ESTÁ no motivo e ESTÁ no objeto, mas NÃO É motivo e objeto. O mérito "mora" no motivo e objeto, mas **não são sinônimos**.

6.2. CONTROLE DO MÉRITO PELO JUDICIÁRIO

6.2.1. Como se dá esse controle?

O poder judiciário pode fazer apenas o chamado controle de legalidade dos atos. No entanto, a legalidade tem sido entendida em sentido lato, ou seja, abrangendo não só a lei como os princípios constitucionais.

Dessa forma, um ato desproporcional ou irrazoável é considerado ilegal, podendo sofrer o controle do poder judiciário, o que de certa forma acabaria por atingir o mérito do ato.

Sendo assim, tem-se que, como regra geral, o mérito não pode ser controlado, mas de forma reflexa isso acaba ocorrendo com o controle de legalidade referente à proporcionalidade e à razoabilidade do ato.

6.2.2. O PJ pode rever o MOTIVO e o OBJETO do ato discricionário?

O poder judiciário pode rever motivo e objeto de ato discricionário. VERDADEIRO.

Se o motivo é falso, logo o ato é ilegal, podendo ser revisto pelo judiciário.

Com o objeto é a mesma coisa. Se o objeto for ilícito o ato é inválido, podendo ser anulado pelo poder judiciário.

Como já vimos acima, motivo e objeto não são o mérito. Mérito é a liberdade, o juízo de valor, presente no motivo e objeto, mas não se confunde com eles. A liberdade e o juízo de valor não podem ser revistos. O que pode ser revista é a ilegalidade do ato.

6.2.3. A forma do ato administrativo é sempre elemento vinculado?

A forma do ato administrativo é SEMPRE elemento vinculado. Certo ou errado?

Celso Antônio traz exceção à regra da vinculação da forma.

Diz que a forma e a finalidade podem ser discricionárias quando a lei assim o determinar. Em regra, são vinculados, mas pode haver exceção prevista em lei. Exemplo: Art. 62 da Lei 8.666, em que a lei confere cinco alternativas. Logo, o administrador tem discricionariedade para escolher entre as cinco.

> ***Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório*** *nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação,* ***e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.***

7. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atributos do ato administrativo são os seguintes:

a) Presunção de legitimidade;

b) Autoexecutoriedade;

c) Imperatividade;

d) Tipicidade.

Vejamos:

7.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

O ato é presumidamente LEGAL, LEGÍTIMO e VERDADEIRO.

- Legitimidade: Obediência às regras morais.
- Legalidade: Obediência à lei.
- Veracidade: Corresponde à verdade.

Fundamento da presunção: Trata-se de ato emanado do Poder Público, que tem como objetivo fundamental o interesse público, o que autoriza que se presuma serem os atos por ele praticados legítimos. Devido ao fato de o poder da administração ser calcado na CF, presume-se ser este legítimo, e estar de acordo com o fundamento de validade de todo ordenamento.

Vale lembrar que se trata de presunção relativa, que admite prova em contrário (*iuris tantum*). O ônus da prova cabe a quem alega a ilegitimidade, normalmente o administrado. Por sinal, essa inversão do ônus da prova é um dos notáveis efeitos da presunção *iuris tantum*.

Maria Sylvia aponta ainda outro efeito da presunção de veracidade ao lembrar que o Judiciário não pode conhecer de ofício da invalidade do ato administrativo, como pode ocorrer no Direito Privado com relação às nulidades absolutas. No Direito Administrativo só cabe ao judiciário conhecer da invalidade quando esta for alegada pela parte interessada.

Outra consequência da presunção de legalidade do ato administrativo é a sua aplicabilidade imediata. Até que se prove a ilegitimidade do ato, este deve ser cumprido. Enquanto a parte interessada não provar a ilegalidade, o ato continua sendo executado, o que nos autoriza a dizer que a presunção de legitimidade do ato produz a sua autoexecutoriedade, atributo que estudaremos a partir de agora.

7.2. AUTOEXECUTORIEDADE

Segundo esse atributo, o ato, tão logo seja praticado, está apto a ser executado e produzir efeitos, independentemente de intervenção do poder judiciário. Tal característica, como sabemos, raramente está presente nas relações privadas, em que a parte depende de ordem judicial para executar suas decisões.

O fundamento jurídico da autoexecutoriedade é a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público.

Não se pode confundir, jamais, a dispensa da ordem judicial na execução de atos com a impossibilidade do controle desses atos pelo poder judiciário. Como já sabemos, sempre que o ato conter vício de legalidade pode ser anulado e a ninguém é vedado o acesso ao poder judiciário.

Vale lembrar, no entanto, que a autoexecutoriedade NÃO é característica presente em todos os atos administrativos.

Segundo a doutrina majoritária a autoexecutoriedade divide-se em:

- Exigibilidade: Decidir independentemente do poder judiciário. Exemplo: Decido aplicar a sanção. Exigibilidade todo ato administrativo tem. (**meio de coerção indireto**)

- Executoriedade: Executar a decisão sem necessidade de ordem judicial. Nesse caso, nem todo ato possui, como exemplo a sanção pecuniária, que, não sendo paga, é imprescindível a execução judicial. **Meio de coerção direto**.

A executoriedade do ato só existe **se prevista em lei** ou em **casos de urgência**. Mas quando previsto em lei não quer dizer que o texto legal expressamente dispõe: "esse ato é autoexecutório". Significa que o ato é previsto em lei como passível de ser executado diretamente pela Administração em determinada situação.

Exemplos clássicos de atos autoexecutórios: Destruição de bens impróprios para o consumo público e determinação de desocupação de área prestes a desabar. Nesse último caso, pode a Administração, inclusive, desocupar de forma coercitiva, solicitando auxílio da força policial, se necessário.

Autoexecutoriedade não é o mesmo que informalismo; não tem a ver com liberdade de forma.

Nem sempre o ato tem autoexecutoriedade (formada por exigibilidade + executoriedade, se faltar a executoriedade, que não é obrigatória, já não temos um ato com autoexecutoriedade).

7.3. IMPERATIVIDADE ("PODER EXTROVERSO" – CABM)

Imperatividade significa coercibilidade, obrigatoriedade. Esse atributo é presente nos atos que tem em seu conteúdo uma obrigação.

Não havendo obrigação, não há que se fala em imperatividade. Exemplos desses atos são os atos enunciativos, como o parecer e certidões, que não possuem conteúdo decisório.

ESAF: o 'poder' ***extroverso*** ampara a imperatividade. É um sinônimo. Poder extroverso do estado: **o estado interfere nas nossas liberdades.**

7.4. TIPICIDADE

Atributo corolário do princípio da legalidade, segundo o qual para cada finalidade que a Administração pretende alcançar há um ato previsto em lei, vedando-se, assim, a prática de atos inominados.

Conforme Maria Sylvia, a tipicidade é presente apenas nos **atos unilaterais**, sendo que nos contratos pode haver a convenção de acordo inominado, se assim for do interesse público e particular.

Cada ato é ligado a um motivo previsto em lei:

- Revogação=Ato inoportuno;
- Anulação=Ato ilegal;
- Demissão=infração grave.

8. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

8.1. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS

8.1.1. Atos gerais (normativos)

Destinatários indeterminados. Atos aplicados à coletividade como um todo. Efeito erga omnes a todos que estiverem na situação prevista.

Exemplos: Decretos, instruções normativas.

8.1.2. Atos individuais (específicos ou concretos)

Destinatário determinado. Divide-se em:

a) Singular: Dirige-se a um destinatário determinado. Exemplo: Nomeação.

b) Plúrimo: Mais de um destinatário determinado.

8.2. QUANTO AO ALCANCE DO ATO (DENTRO OU FORA DA ADMINISTRAÇÃO)

8.2.1. Ato interno

Produz efeitos dentro da Administração, atingindo diretamente apenas órgãos e agentes. Ex: Determinar o uso de uniforme. Como não atinge os administrados, não precisa obedecer à publicidade, bastando a mera comunicação interna.

8.2.2. Ato externo

Produz efeitos também para fora da Administração, ou seja, atingem os administrados, mesmo não deixando de produzir efeitos dentro. Exemplo: Determinar horário de funcionamento de órgão público.

Os atos externos, por sua vez, para terem eficácia perante os administrados, necessitam de publicação (princípio da publicidade).

8.3. QUANTO AO GRAU DE LIBERDADE

8.3.1. Ato vinculado

São os atos em que inexiste liberdade do administrador em sua prática, ou seja, o administrador fica adstrito ao que a lei expressamente prevê no que se relaciona à prática do ato.

8.3.2. Ato discricionário

O ato é discricionário quando o administrador tem liberdade para realizá-lo, ou seja, pode escolher, dentre as opções legais, aquela que julgar mais conveniente e oportuna para o caso concreto.

8.4. QUANTO À FORMAÇÃO DO ATO

8.4.1. Ato simples

Ato perfeito e acabado com UMA simples manifestação de vontade.

8.4.2. Ato complexo

Para ser ato perfeito e produzir efeitos depende de DUAS ou MAIS manifestações de vontade de **órgãos distintos**, sendo essas **manifestações autônomas** e em **patamar de igualdade** (mesma força e importância).

Exemplo1: Nomeação de dirigente de Agência reguladora (presidente nomeia depois de prévia aprovação do Senado).

Ex2: Concessão de aposentadoria (Administração decide, mas depende de aprovação do TCU).

Ex3: Nomeação de Ministro, desembargador.

8.4.3. Ato composto

Para produzir efeitos depende de DUAS ou MAIS manifestações de vontade no **mesmo órgão**, sendo **uma autônoma e outra meramente instrumental**. A primeira manifestação é a principal e a segunda é secundária, normalmente só confirmando a primeira.

Exemplo: Atos que dependem do visto (confirma que o procedimento foi correto, que o desenrolar do(s) outro(s) ato(s) foi correto), da confirmação do chefe. O subordinado pratica o ato e o chefe dá o visto. O chefe só confirma (vontade secundária).

OBS: Maria Sylvia Di Pietro: No ato complexo existe um único ato com mais de uma manifestação de vontade; ao passo que no ato composto são dois atos, sendo um deles meramente instrumental, para dar efeito ao ato principal. Como exemplo de ato composto ela dá a nomeação do PGR pelo presidente (ato principal), que depende de prévia aprovação do Senado (ato instrumental).

8.5. QUANTO ÀS PRERROGATIVAS: ATO DE IMPÉRIO E DE GESTÃO

8.5.1. Ato de Império

São aqueles que a Administração impõe coercitivamente (imperatividade) aos administrados, que só têm a opção de cumprir.

8.5.2. Ato de gestão

São aqueles atos que a Administração não impõe sua vontade de forma coercitiva, mas há uma espécie de negociação com o administrado, assemelhando-se a uma relação privada. Como exemplo os negócios contratuais de alienação ou aquisição de bens.

8.6. QUANTO AOS EFEITOS

8.6.1. Atos constitutivos

São aqueles que alteram uma relação jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos do destinatário. Exemplo: Nomeação de servidores (cria), alteração de horário de funcionamento do órgão (modifica), cassação de uma licença (extingue).

8.6.2. Atos declaratórios

Apenas declaram uma situação jurídica preexistente, visando resguardar um direito do destinatário. Exemplo: Expedição de certidão.

8.6.3. Atos enunciativos

Têm como característica a indicação de um juízo de valor, tão somente, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório. Exemplo: Pareceres.

8.7. QUANTO À FORMA DE EXTERIORIZAÇÃO

Rememorando, podem ser:

1. Decretos e regulamentos;
2. Resoluções, deliberações e regimentos;
3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos;
4. Alvarás;
5. Ofícios;
6. Pareceres;
7.Certidões, atestados e declarações;
8. Despachos.

Vejamos:

8.7.1. Decretos e regulamentos

Os decretos têm força jurígena própria, vigoram por si mesmos, como atos independentes, os regulamentos são atos dependentes e, não tem força própria que os impulsione para a vigência. Os decretos podem ser normativos (como os de execução) ou individuais; os regulamentos só podem ser normativos.

8.7.2. Resoluções, deliberações e regimentos

Resoluções: não se confundem com os atos autônomos e de natureza primária (exemplo: legislativo, 59, VII CF).

> *Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:*
> *VII - resoluções.*

São de natureza derivada e subordinada, emanados de autoridades do elevado escalão administrativo (ministros, secretários de estado).

Em outras palavras: são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do executivo ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos (e não pelo chefe do executivo), para administrar matéria de sua competência específica. Por ser um ato normativo não poderá ser individual, pois os atos com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos; são atos de comando abstrato e impessoal.

Deliberações: oriundos de órgãos colegiados, atos simples coletivos.

Regimentos: típicos dos órgãos colegiados, função de demonstrar sua organização e funcionamento. Subordinados geralmente a um ato que aprova o regimento, normalmente pelo agente que preside.

8.7.3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos

Servem para que a administração organize sua atividade, por essa razão são denominados de **ORDINATÓRIOS.**

De acordo com a doutrina de Di Pietro, "*Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo*". Portanto, quando cobrada em prova, geralmente, o erro da questão está quando o examinador diz que são atos emanados do Chefe do Poder Executivo.

A doutrinadora adverte que podem uns e outros ter conteúdo individual, tais como a punição, concessão de férias, dispensas etc. Ainda, podem ter conteúdo geral, contendo normas emanadas em matérias de competência de diversas autoridades (Governador de Estado, Secretários de Estado, órgãos colegiados).

Nesta senda, pode-se dizer que portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes do órgão, repartições ou serviços expedem determinações "gerais" ou "especiais" a seus subordinados, ou designam servidores para função e cargos secundários.

8.7.4. Alvarás

Através deles a administração expressa o consentimento a atividade a ser desenvolvida por particular. Exemplo: alvará de autorização, de licença. Podem ser **precários ou definitivos (**JSCF: na verdade estes são atributos da licença/autorização).

8.7.5. Ofícios

Comunicação entre as autoridades administrativas ou terceiros.

8.7.6. Pareceres

Pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida a sua apreciação. Pode ser **facultativo** ou **obrigatório** (em virtude de preceito que o prescreve como preliminar à emanação do ato).

O parecer não vincula a autoridade administrativa a quem tem a decisão, a quem cabe praticar o ato final. O agente que emite não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato, a não ser que haja com dolo (STF já decidiu que sim, art. 38 da 8666).

Há ainda os pareceres **vinculativos,** que são exceções, só sendo adotados quando a lei exigir expressamente.

> *PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E CONDENAÇÃO PELO TCU ...* **II – É possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que reste configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.** *Primeira Turma. MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18.9.2012*

É possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa?

SIM. Trata-se de tema polêmico, mas a posição que prevalece no STF e que foi novamente mencionada neste julgado é a de que é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que reste configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.

Se não for demonstrada culpa ou erro grosseiro não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Segundo a doutrina e o voto do Min. Joaquim Barbosa no MS 24.631/DF, existem três espécies de parecer:

PARECER		
FACULTATIVO	OBRIGATÓRIO	VINCULANTE
O administrador NÃO É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.	O administrador É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.	O administrador É obrigado a solicitar o parecer do órgão jurídico.
O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente.	O administrador pode discordar da conclusão exposta pelo parecer, desde que o faça fundamentadamente com base em um novo parecer.	O administrador NÃO pode discordar da conclusão exposta pelo parecer. Ou o administrador decide nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decide.
Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Em regra, o parecerista não tem responsabilidade pelo ato administrativo. Contudo, o parecerista pode ser responsabilizado se ficar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro.	Há uma partilha do poder de decisão entre o administrador e o parecerista, já que a decisão do administrador deve ser de acordo com o parecer. Logo, o parecerista responde solidariamente com o administrador pela prática do ato, não sendo necessário demonstrar culpa ou erro grosseiro.

8.7.7. Certidões, atestados e declarações

São atos declaratórios, seu conteúdo expressa a existência de certo fato jurídico. Nos dois últimos os agentes administrativos dão fé, no primeiro, apenas representam reprodução do que já está nos registros públicos.

8.7.8. Despachos

Praticados no curso do processo administrativo.

8.8. QUANTO AO CONTEÚDO

8.8.1. Licença

Ato vinculado por meio do qual a administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade. Poder de polícia.

Ato de consentimento estatal vinculado e definitivo.

O direito preexiste à licença, mas a atividade só se legitima com o consentimento do poder público.

8.8.2. Permissão

1. Permissão de uso de **bem público**: **ato administrativo unilateral**, **discricionário** e precário (podendo ser **condicionado**, caso em que, terá caráter vinculado)

2. Permissão de **serviços públicos**: **contrato administrativo**, bilateral, e resultante de atividade **vinculada** do administrador por conta da exigência de licitação para escolha do contratado.

8.8.3. Autorização

Discricionário e precário. Permite que particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. Autoriza quando não há prejuízo ao interesse público, exemplo: autorização para porte de arma.

Aqui, o direito nasce com o ato administrativo da autorização.

8.8.4. Admissão

Ato vinculado, na qual a administração confere ao indivíduo, desde que preenchidos os requisitos legais, o direito de RECEBER o serviço público. Exemplo: admissão em escolas.

8.8.5. Aprovação, homologação e visto

a) Aprovação: discricionário do administrador a respeito de outro ato. Prévia ou posterior.

b) Homologação: vinculada. Somente posterior.

c) Visto: verificação da legitimidade formal de outro ato. Vinculado, consiste em um controle de mera legitimidade formal de um outro ato administrativo ou ato praticado pelo administrador.

8.8.6. Atos sancionatórios

Sanções internas e externas. Supremacia geral ou especial.

8.8.7. Atos funcionais

Provenientes da relação estatutária.

9. FORMAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (PERFEIÇÃO, VALIDADE, EFICÁCIA)

9.1. PERFEIÇÃO

Perfeição significa percorrer a trajetória, cumprir o ciclo de formação. O ato perfeito é aquele que consumou seu **ciclo de formação**, por ter encerrado todas as **fases necessárias à sua produção**.

9.2. VALIDADE

Refere-se ao preenchimento dos requisitos legais (competência, finalidade, forma, objeto, motivo).

Lembrando que um ato perfeito já é apto a produzir efeitos, mesmo que inválido. Tal ocorre, pois, pela **presunção de legitimidade**, os atos enquanto não anulados pela Administração ou Poder Judiciário, continuam a produzir efeitos.

9.3. EFICÁCIA

Aptidão a produzir seus efeitos típicos. Um ato **pendente** (sujeito a termo ou condição) é PERFEITO, mas INEFICAZ. Só produzirá efeitos quando da ocorrência do termo ou da condição.

Pode ser perfeito, válido, mas ineficaz.

Exemplo de ato perfeito, válido e ineficaz: Art. 61, parágrafo único da Lei 8.666. O contrato administrativo só produz efeitos depois de publicado. Exemplo: Empresa terá 30 dias para começar a entregar merenda. O prazo começa da publicação do ato. Antes da publicação o ato não produz efeitos, apesar de perfeito (cumpriu trajetória) e válido (cumpriu requisitos).

Exemplo de ato perfeito, inválido e eficaz: Nomeação de servidor sem observância de requisitos, enquanto não declarada a invalidade. Outro exemplo: Contratação de serviços sem licitação, enquanto não declarada a invalidade.

Exemplo de ato perfeito, inválido e ineficaz: Contratação de serviços com fraude na licitação (ato inválido) sem posterior publicação.

10. EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS (TÍPICOS, ATÍPICOS, REFLEXOS, PRODRÔMICOS)

10.1. EFEITOS TÍPICOS

O efeito principal do ato, ou seja, aquele efeito que se espera, é chamado de ***EFEITO TÍPICO***. Exemplos:

Desapropriação: Efeito típico é a aquisição do bem.

Nomeação: Efeito típico é o provimento do cargo.

Demissão: Efeito típico é a punição do servidor.

Esse efeito ocorre após o aperfeiçoamento do ato.

10.2. EFEITOS ATÍPICOS: REFLEXOS E PRODRÔMICOS

No entanto, alguns atos administrativos produzem também os chamados ***efeitos atípicos*** ou secundários, que são aqueles não esperados ou não objetivados com a prática do ato administrativo.

Exemplos:

Desapropriação: Efeito típico é a transferência da propriedade. Imagine que o imóvel estivesse locado para um terceiro. O efeito atípico será o despejo do terceiro. Não era isso que se esperava do ato, por isso trata-se de um ***efeito atípico REFLEXO***. Reflexo, pois atinge terceiros estranhos à prática do ato. O efeito típico era a transferência da propriedade, mas acabou atingindo o terceiro estranho à prática do ato, atipicamente, de forma reflexa.

Nomeação de dirigente de Agência Reguladora: Efeito típico é preencher o cargo de dirigente. Esse ato torna-se perfeito quando as duas autoridades se manifestam (**ato complexo**). Se o SN aprova a nomeação do dirigente, surge, então, a necessidade de manifestação do Presidente.

Preste atenção neste detalhe: quando a primeira autoridade se manifesta, surge a obrigação de a segunda autoridade se manifestar. Essa obrigação é um efeito atípico do ato (não é o efeito principal do ato), que ocorre antes do aperfeiçoamento do ato e por isso chama-se de ***EFEITO ATÍPICO PRELIMINAR***. Esse efeito atípico preliminar é chamado por Celso Antônio de ***EFEITO PRODRÔMICO.***

Efeito prodrômico é o efeito secundário (ou atípico) que ocorre nos atos que dependem de duas manifestações de vontade (compostos ou complexos), que consiste na obrigação da segunda autoridade se manifestar quando da manifestação da primeira. Trata-se de um efeito que ocorre antes do aperfeiçoamento do ato. Os efeitos prodrômicos são mais comuns nos atos complexos.

Resumindo, os efeitos dos atos podem ser típicos e atípicos. Os atípicos por sua vez podem reflexos (atingem terceiros) ou prodrômicos (efeito preliminar).

Os efeitos prodrômicos independem da vontade do agente emissor e não podem ser suprimidos.

"Distingue-se nos atos administrativos os efeitos típicos e os efeitos prodrômicos." *CERTO, apesar de não mencionar os reflexos.*

Efeitos típicos são os específicos de determinadas categorias de atos. CERTO. Específico ou esperado.

"Efeitos prodrômicos são os contemporâneos à emanação do ato". *Foi dado como verdadeiro. Foi um enunciado muito criticado, pois contemporâneo dá ideia de posterior e o

prodrômico é preliminar. Na realidade está correto, pois contemporâneo à emanação significa durante o aperfeiçoamento do ato, que, de fato, é o momento que ocorre o efeito prodrômico. Ao contrário dos efeitos típicos, que são posteriores ao aperfeiçoamento do ato.

"Os efeitos não típicos que se produzem independentemente da vontade do emissor, também verificados efeitos prodrômicos, não são suprimíveis". O primeiro se manifestando surge inexoravelmente a obrigação da autoridade posterior, sendo tal efeito impossível de ser suprimido.

11. EXTINÇÃO (RETIRADA OU DESFAZIMENTO) DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

11.1. EXTINÇÃO NATURAL

Dá-se pelo cumprimento normal dos efeitos do ato.

Exemplo1: Contrato de construção de escola. Construída a escola o contrato resta extinto.

Exemplo2: Destruição de alimento nocivo à saúde. Feita a destruição o ato é extinto.

11.2. EXTINÇÃO OBJETIVA

Dá-se pelo desaparecimento do objeto do ato.

Exemplo: Interdição de estabelecimento, que vem a ser destruído em terremoto. Nesse caso, o objeto do ato é extinto e o próprio ato, consequentemente, também é desfeito.

11.3. EXTINÇÃO SUBJETIVA

Dá-se pelo desaparecimento do sujeito destinatário do ato.

Exemplo: Falecimento do nomeado ao cargo extingue a nomeação.

11.4. RENÚNCIA DO TITULAR DO DIREITO

Exemplo: Permissionário de uso renuncia à permissão.

11.5. AÇÃO DO PODER PÚBLICO

11.5.1. Cassação

Retirada de ato administrativo pelo descumprimento das condições inicialmente impostas. Exemplo: Na cidade é proibida a instalação de motel. Vou ao poder público pedindo licença para estabelecimento de Hotel. Se meses depois eu transformo meu hotel em motel, pode o poder público cassar a licença, devido ao descumprimento das condições inicialmente impostas.

A cassação é ato VINCULADO e SANCIONATÓRIO.

11.5.2. Caducidade

Retirada de um ato administrativo pela superveniência de uma norma jurídica que impede a continuidade da situação anteriormente consentida.

Exemplo: Permissão de uso de bem público. Posteriormente é editada lei que veda tal uso privativo por particulares. Nesse caso, a permissão é extinta pela caducidade.

11.5.3. Contraposição

É o caso no qual existem dois atos administrativos de competências e fundamentos diversos, sendo que o ato posterior tem idoneidade para eliminar os efeitos do primeiro ato. É o exemplo da exoneração, que elimina os efeitos da nomeação.

Exemplo: Nomeação e demissão.

11.5.4. Anulação

1) Considerações iniciais

É a retirada de ato administrativo pelo poder público, em razão de uma **ilegalidade**. A anulação pode ser feita tanto pela via judicial quanto por ato da própria Administração (autotutela).

A anulação, feita pela própria administração, trata-se de outro ato administrativo, devendo atender todas as exigências e condições dos atos administrativos (competência, forma, motivo, finalidade, objeto).

> *Súmula nº 346 A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*
>
> *Súmula nº 473 - 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.*

No que se refere ao princípio da autotutela, pela regra geral o ato deve ser anulado pela Administração. Excepcionalmente, entretanto, poderá o ato ser mantido, mesmo contendo vício de ilegalidade, no caso de outras circunstâncias relevantes permitirem essa decisão.

Uma dessas circunstâncias é o lapso temporal. O direito de a Administração anular um ato ilegal decai em **cinco anos**, salvo se comprovada a má-fé do administrado (art. 53 e seguintes da Lei 9.784/99). Esse prazo se refere aos atos que atingem direitos de administrados, cuja anulação seja-lhes prejudicial.

Vale lembrar que o STF já decidiu que nesses casos deve ser obedecido ao contraditório, possibilitando ao administrado contradizer as alegações do poder público, através de um processo administrativo.

> *Lei 9784/99*
> *Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*
>
> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
> *§ 1o No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.*
> *§ 2o Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*
>
> *Art. 55. 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.*

Nesse ponto andou bem o legislador ao prever na Lei 8.666/93 que o desfazimento de processo licitatório deve ser precedido de processo administrativo, com observância do devido processo legal.

Concluindo o ponto: A regra é a autoexecutoriedade do ato anulatório e revogatório, mas em casos excepcionais deve ser observado **o contraditório e ampla defesa** dos possíveis prejudicados com a retirada do ato.

> *A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando estes forem ilegais. No entanto, se a invalidação do ato administrativo repercute no campo de interesses individuais, faz-se necessária a instauração de procedimento administrativo que assegure o devido processo legal e a ampla defesa. Assim, a prerrogativa de a Administração Pública controlar seus próprios atos não dispensa a observância do contraditório e ampla defesa prévios em âmbito administrativo.*
> *STF. 2ª Turma. RMS 31661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2013 (Info 732).*
> *STF. Plenário. MS 25399/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/10/2014 (Info 763).*

2) *Efeitos da invalidação*

A invalidação do ato ocorre através da prática de outro ato, o chamado ato anulatório. Esse ato de anulação produz, em regra, efeitos ***EX TUNC.***

CABM faz uma diferenciação: Para o referido autor os atos anulatórios que **restringem** direitos do administrado têm efeitos *ex nunc*, ao passo que os atos anulatórios que **ampliam** direitos teriam efeitos *ex tunc* (retroativos).

Ex: Ato 01 defere gratificação ao servidor. Um ano depois se verifica que o servidor não tinha direito, ou seja, o ato 01 era ilegal. Deve a Administração anular o ato 01. O ato anulatório, nesse caso, prejudicaria o servidor (ato restritivo de direitos), portanto, deve produzir efeitos prospectivos. Numa situação inversa, o servidor pede uma gratificação que é indeferida. Daqui a um ano descobrem que a negativa de gratificação foi ilegal. A Administração vai, então, anular o ato de negação, com efeitos retroativos, pois ampliativo de direitos. O servidor vai ter direito à gratificação desde a prática do ato que lhe negou a gratificação.

3) Convalidação e estabilização dos efeitos

Quando o ato preenche todos os requisitos trata-se de ato válido. Em não preenchendo todos os requisitos, o ato tem um vício de legalidade.

Em se tratando de vício sanável, o ato pode ser **convalidado** pela Administração (efeito *ex tunc*). Essa possibilidade só existe no que tange aos vícios de ***FORMA*** e ***COMPETÊNCIA*** (que não seja exclusiva).

OBS: Nem todos os defeitos de forma e competência são sanáveis. Assim prevê o art. 55 da Lei 9.784:

> ***Art. 55****. 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*

No entanto, quando o vício é insanável, estamos diante de ilegalidade que não tem salvação, não havendo alternativa senão a anulação do ato. Essa é a regra.

4) Convalidação # Conversão ou Sanatória

Exemplo de conversão: Concessão de serviço público (sem autorização legislativa). Doutrina: se eu puder transformar esse ato solene em ato mais simples que não precise de autorização, se puder aproveitar o ato, deve ser feito. Neste caso, tentariam transformar a concessão em permissão de serviço público.

Aproveitamento de um ato administrativo em que há transformação de um ato solene, o qual não preenche os requisitos em um ato mais simples, no qual são preenchidos os requisitos.

5) Estabilização

Excepcionalmente, mesmo se tratando de vício de ilegalidade IRREPARÁVEL, a doutrina e jurisprudências modernas têm entendido que em casos específicos pode-se mitigar, através de uma ponderação de valores, o princípio da legalidade em benefício de outro valor protegido pela Constituição, como a segurança jurídica e boa-fé por exemplo. Aplica-se, aqui, a chamada teoria do fato consumado.

Assim, temos que a regra é retirar o ato ilegal, anulá-lo. Mas no caso concreto, pode o ato ser mantido, quando se verificar que a anulação pode causar mais prejuízos que a sua manutenção. Nesse caso se procede à chamada **estabilização dos efeitos.** Poderia ser

confundido com uma convalidação de ato ilegal, mas não é o caso, pois se trata de VÍCIO INSANÁVEL.

Exemplo: dos servidores nomeados sem concurso, que foram mantidos em nome da segurança jurídica. Foram estabilizados os efeitos do ato ilegal (STJ).

Igualmente, o STJ, reconheceu a aplicação da Teoria do Fato Consumado quando o exercício do cargo foi amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposentou, antes do julgamento final do mandado de segurança, por tempo de contribuição durante esse exercício e após legítima contribuição ao sistema, a denegação posterior da segurança que inicialmente permitiu ao servidor prosseguir no certame não pode ocasionar a cassação da aposentadoria.

A administração tem um prazo de 05 anos para anular, mas e o judiciário? Não há previsão. Todavia, as decisões mais recentes veem aplicando o prazo da administração (05 anos), aplicando o art. 54 da 9784/99.

11.5.5. Revogação

1) *Considerações iniciais*

A revogação é uma análise de conveniência e oportunidade, vale dizer, quando um ato praticado deixa de ser oportuno ou inconveniente pode a Administração, no exercício de sua autotutela extinguir o ato através da revogação.

Vale aqui lembrar que cabe somente à Administração revogar seus próprios atos, o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos da Administração. O controle do Judiciário somente é cabível quanto à legalidade dos atos. No entanto, também não é correto dizer que o Judiciário jamais pode revogar um ato administrativo, visto que pode perfeitamente revogar seus próprios atos exercidos na função atípica de administrar.

“Poder judiciário jamais poderá revogar ato administrativo”. FALSO.

O poder judiciário pode rever seus próprios atos administrativos. O que não pode é controlar judicialmente os atos administrativos dos demais poderes.

2) *Efeito da revogação*

Produz efeitos ex nunc, visto que atinge um ato até então considerado conveniente e oportuno.

3) *Limites da revogação*

A revogação pode ser feita a qualquer tempo, ou seja, não há limite temporal. Entretanto a revogação possui limites materiais (conteúdo), vale dizer, existem tipos de atos que não podem ser revogados.

Rol exemplificativo de atos não suscetíveis de revogação:

-Atos vinculados, pois neles o administrador é despido de liberdade de atuação. Exceção: Licença para construir.

-Ato que gera direito adquirido, por expressa previsão constitucional (se nem a lei prejudica direito adquirido, quanto mais ato administrativo);

-Ato que já exauriu efeitos (ato consumado), visto que a revogação só tem efeitos prospectivos.

LICITAÇÃO

1. PREVISÃO LEGAL

a) Lei 8.666/93 (licitações e contratos);

b) Lei 10.520/02 (pregão);

c) Lei 8987/95 (contratos);

d) Lei 11.079 (PPP).

e) Lei 12.232/10 (disciplina licitação sobre serviço de publicidade – é uma norma geral);

2. CONCEITO

Trata-se de um **processo administrativo** que legitima e fundamenta a celebração de um contrato administrativo, através da apresentação de diversas propostas de contrato a fim de possibilitar à Administração optar pela mais vantajosa. Lembrando que processo administrativo é requisito de forma do ato.

Licitação é um procedimento de escolha da melhor proposta (a mais vantajosa para o poder público); não necessariamente a mais barata.

A licitação tem fundamento no **princípio da impessoalidade** da Administração Pública, vale dizer, a escolha do contratado não pode ser feita de maneira subjetiva. É a ideia de dar a oportunidade para que qualquer um que preencha os requisitos possa ganhar a licitação e contratar com o poder público. O objetivo aqui é afastar a ideia de o Estado contratar sempre com os mesmos indivíduos.

A licitação é um **procedimento vinculado**, ou seja, fixadas suas regras, cumpre ao administrador cumpri-las fielmente.

3. SUJEITOS À LICITAÇÃO

3.1. PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL

Os sujeitos à licitação estão enumerados no art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93.

> ***Lei 8.666 Art. 1º,*** *Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Vale, aqui, dizer que a referida lei é a que estabelece a normativa geral de licitações em nosso ordenamento, editada em conformidade com o art. 22 XXVII da CF/88.

> *CF Art. 22. Compete privativamente à UNIÃO legislar sobre:*
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*
>
> *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:*
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Estão sujeitos ao procedimento licitatório:

a) Administração direta: União, estados, DF e municípios.

b) Administração indireta: Autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

c) Fundos especiais.

d) Demais entes controlados direta ou indiretamente pelo poder público.

3.2. AS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

São pessoas jurídicas de direito privado, com finalidade de prestar serviços públicos ou exploração de atividade econômica. Possuem um regime jurídico híbrido, que varia conforme a finalidade do ente.

Se for um regime mais público do que privado, ela fica sujeita à Lei 8.666, sem dúvidas.

No entanto, a CF (art. 173) prevê que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica ***serão*** regidas por lei específica (Lei 13.303/2016) que criou estatuto próprio que trata, entre outras coisas, de licitação.

> *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.*

> *§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*
> *III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*

3.3. OS "FUNDOS ESPECIAIS"

A sua menção na lei é imprópria, pois além de não ter personalidade jurídica, trata-se de recursos destinados para fins especiais que ficam sempre vinculados a um órgão público da administração direta. Exemplo: Fundo especial para ajudar pequenos produtores de leite. O Fundo especial pode ser ainda um código na lei orçamentária, sem existência enquanto estrutura física. É um simples número orçamentário, que sequer tem condições de licitar.

*Existe fundo especial com natureza de fundação → estaria então na administração indireta.

3.4. OS "DEMAIS ENTES CONTROLADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELO PODER PÚBLICO"

Tais como os Sistemas S, Organizações sociais (OS), OSCIP.

DICA: Para saber se o ente é controlado ou não, precisa saber se recebe dinheiro público, razão pela qual terá controle pelo Tribunal de Contas. Tendo controle pelo TC, está abrangido pela Lei 8.666/93.

4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

CF/88: O Art. 22, XXVII dispõe que compete **PRIVATIVAMENTE** à União a edição **de normas gerais** sobre licitações e aos demais entes federativos compete a edição de *normas específicas*.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *XXVII - **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Competência privativa admite delegação (Art. 22, §único).

> *Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

A Lei reguladora (norma geral) de licitações e contratos é a Lei 8.666/93 (Estatuto Geral das Licitações). Além da Lei 8.666, vale fazer menção a outras leis, também de caráter geral, que trazem algumas peculiaridades em relação ao estatuto. Trata-se da Lei 10.520/2002 (pregão), Lei 8.987/95 (contratos), Lei 11.079/04 (PPP).

Todas são leis de âmbito nacional, ou seja, aplicam-se a todos os entes federativos (e não leis de âmbito federal).

Pode a União legislar sobre normas federais, o estado sobre normas estaduais? SIM. No que se referem a normas específicas, podem os entes legislar, no entanto, a lei estadual ou municipal só terá aplicação no âmbito do ente político que a editou.

Exemplo da Lei da Bahia, que inverteu o procedimento licitatório.

Seria constitucional uma lei estadual que inverte o procedimento, vale dizer, lei que inverte procedimento é geral ou específica?

A Lei 8.666 seria uma norma geral? STF diz que sim, embora em alguns artigos traga normas específicas (muitos detalhes). Essa discussão foi levada ao STF (ADI 927).

O STF então deu *interpretação conforme* a algumas alíneas do art. 17, para considerá-las constitucionais quando interpretado como **norma específica do âmbito federal** (serve para quem legislou), não se aplicando aos demais entes.

A decisão se referiu somente a esse artigo, especificamente a algumas alíneas. No entanto, nenhum ente até hoje regulou essa matéria.

Na verdade, outros dispositivos da lei poderiam sofrer essa análise, entretanto, somente o art. 17 foi objeto de análise.

> *Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: [...]*

As leis mais modernas sobre o tema já têm sido divididas entre normas gerais e normas específicas.

5. OBJETO DA LICITAÇÃO

OBJETO IMEDIATO é a seleção da proposta mais vantajosa apta a satisfazer o interesse público.

OBJETO MEDIATO é a obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação, prestação de serviço público. Tudo a ser realizado por particulares através de uma contratação formal.

5. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Além dos princípios que regem a Administração Pública, podemos citar mais alguns como princípios específicos do processo licitatório:

Princípios explícitos no texto do Estatuto:

- Legalidade;

- Impessoalidade;

- Moralidade;

- Igualdade;

- Publicidade;

- Probidade administrativa;

- Vinculação ao instrumento convocatório;

- Julgamento objetivo.

Princípios correlatos:

- Competitividade;

- Sigilo das propostas;

- Formalismo procedimental;

- Adjudicação compulsória.

5.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O procedimento licitatório deve ser realizado nos termos exatos em que é na Lei.

> *Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*
> *Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.*

5.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Não pode haver benefícios ou discriminações em face do concorrente A ou B. Todos devem ser tratados objetivamente.

5.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como toda atividade administrativa, o procedimento licitatório deve ser conduzido pela eticidade e lealdade. Celso Antônio defende que o dever de moralidade também se aplica aos licitantes.

5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os interessados em contratar devem competir em igualdade de condições (desde que preencham os requisitos) e o julgamento das propostas deve ser isento de subjetividades. Nesse sentido, o §1º do art. 3 do Estatuto*, in verbis*:

> *Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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.*
> *§ 1o É vedado aos agentes públicos:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;*
> *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 pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.*
> *§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:*
> *II - Produzidos no País;*
> *III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.*
> *IV - Produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.*
> *V - Produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.*
> *§ 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.*
> *§ 5o Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:*
> *I - Produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e*

II - Bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.
§ 6o A margem de preferência de que trata o § 5o será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:
I - Geração de emprego e renda;
II - Efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
IV - Custo adicional dos produtos e serviços; e
V - Em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.
§ 7o Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5o.
§ 8o As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5o e 7o, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.
§ 9o As disposições contidas nos §§ 5o e 7o deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:
I - À quantidade a ser adquirida ou contratada; ou
II - Ao quantitativo fixado com fundamento no § 7o do art. 23 desta Lei, quando for o caso.
§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.
§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.
§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.
§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5o, 7o, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.
§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.
§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

5.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos devem ser públicos a fim de possibilitar uma maior participação de concorrentes (e consequentemente uma proposta mais vantajosa) além de darem transparência ao procedimento, possibilitando o controle tanto dos participantes quanto dos administrados.

5.6. PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os Administradores devem atuar com honestidade, hombridade, boa-fé, tanto para com os licitantes como para com a própria Administração, a fim de garantir um processo efetivo e vantajoso ao interesse público.

5.7. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

As regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente cumpridas. Em regra, o instrumento convocatório é o edital de convocação, ressalvada a modalidade convite, em que o instrumento convocatório da licitação é a carta-convite.

> ***Art. 45****. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação,* ***os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle****.*

Diz-se que o **edital é a lei da licitação**, ou seja, tudo de relevante para o procedimento licitatório, todas as regras devem estar previstas no edital.

Uma vez que o edital é a lei do procedimento, o administrador não pode exigir nem mais nem menos daquilo que está previsto no edital. O não cumprimento das regras do edital torna o procedimento inválido, sendo passível de correção administrativa ou judicial.

Exemplo: Administração pública edital com requisito: certidão do órgão de classe. Se nenhum dos concorrentes preenche o requisito, e se a administração acaba concluindo pela desnecessidade do requisito, pode dispensar o requisito?

Não pode. Pelo princípio da vinculação ao edital, pelo princípio da isonomia (imagine aqueles que não entraram na concorrência por não preencher o requisito), e em última análise pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, visto que no caso não estaria sendo escolhida a melhor proposta.

A alteração do edital até é possível, mas apenas como exceção, e cumprindo as seguintes obrigações:

- Divulgar a modificação pela mesma forma que divulgou o edital original.

- Reabrir o prazo estabelecido no início, salvo quando a alteração não afetar a formulação de propostas.

5.8. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

É um princípio corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 45 do Estatuto, *in verbis*:

> ***Art. 45***. ***O julgamento das propostas será objetivo***, *devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

O julgamento da melhor proposta deve levar em conta o tipo de licitação prevista no edital, assim como todos os critérios e fatores nele dispostos.

Em outras palavras, o julgamento da proposta não pode ser discricionário, baseado em elementos estranhos ao instrumento convocatório, ou levando em consideração um critério de seleção diverso daquele previamente exposto no edital.

OBS1: tipo de licitação é o critério a ser utilizado na escolha da proposta.

Exemplo: Licitação do tipo menor preço. O concorrente A cobre o preço de 1mil. O concorrente B cobre um centavo a mais, mas dá um milhão de vantagens não pertinentes ao preço. NÃO pode a Administração escolher a proposta B, pois o critério previamente estabelecido no edital era o menor preço.

OBS2: Tipo # modalidade: MODALIDADE é pregão, consulta, concurso. TIPO é menor preço ou técnica e preço/técnica. Os tipos estão no art. 45 da lei 8666.

> *Art. 45 § 1o Para os efeitos deste artigo, constituem TIPOS DE LICITAÇÃO, exceto na modalidade concurso:*
> *I - A de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;*
> *II - A de melhor técnica;*
> *III - a de técnica e preço.*
> *IV - A de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.*

5.9. PRINCÍPIO DO SIGILO DE PROPOSTA

As propostas devem ser entregues em envelopes lacrados e assim permanecer até o momento de sua abertura em seção pública (art. 43, §1º)

> *Art. 43, § 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.*

Ninguém além do próprio licitante pode ter conhecimento da proposta, vale dizer, nem os demais licitantes, nem a Administração.

Exceção ao envelope lacrado: **Leilão**. No leilão não há preocupação quanto ao sigilo de proposta.

OBS: **Pregão** não é exceção. Pregão tem proposta escrita, só depois há lances verbais.

A conduta de fraude ao sigilo de proposta configura improbidade administrativa (Lei 8.429/92), aplicável tanto ao agente da comissão quanto ao licitante infrator, sem prejuízo das sanções penais previstas para os crimes de licitação previstas no próprio Estatuto.

5.10. PRINCÍPIO DO FORMALISMO PROCEDIMENTAL

O procedimento de licitação deve obedecer às formalidades previstas na Lei 8.666/93. No entanto, o STJ vem ***mitigando esse princípio*** em situações específicas, sustentando que a formalidade imprescindível deve ser aquela que, em não sendo observada, pode gerar algum dano à Administração ou aos licitantes.

As formalidades devem ser **necessárias**. Como saber se a formalidade é necessária? Temos de pensar se a modalidade causa prejuízo no caso da não observância.

O princípio do formalismo implica algumas vedações ao Administrador: Não pode inventar novas modalidades de licitação; não pode juntar modalidades; não pode criar nova fase do procedimento. Em suma, não pode modificar as regras procedimentais previstas na Lei.

5.11. PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO OBRIGATÓRIA

O licitante vencedor deve ser aquele escolhido para a celebração do contrato, não podendo ser preterido em benefício de outro concorrente. Pelo mesmo princípio, finalizado um procedimento licitatório (com a homologação da adjudicação), não é possível que a Administração faça um novo procedimento sem que tenha contratado com o vencedor do certame finalizado.

OBS: Esse princípio não obriga a Administração a contratar com o vencedor; apenas garante sua posição preferencial no momento da celebração do contrato.

6. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

6.1. PREVISÃO LEGAL

Art. 22 da Lei 8.666/93.

> *Art. 22. São **MODALIDADES** de licitação:*
> *I - Concorrência;*
> *II - Tomada de preços;*
> *III - convite;*
> *IV - Concurso;*
> *V - Leilão.*
> *(pregão também, mas consta em lei própria)*

Seis são as modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso e pregão (essa última não constante do Estatuto, mas de lei federal própria – Lei 10.520/02).

As **três primeiras** (concorrência, tomada de preço e convite) têm o mesmo objeto (contratação de obras, serviços e fornecimento) e são definidas conforme o **valor** do contrato, em regra.

Já as **três últimas** (concurso, leilão e pregão) não usam o valor do contrato como o parâmetro de escolha da modalidade. Em regra, usa-se como critério o **objeto** do contrato.

6.2. CONCORRÊNCIA (REGRA: QUANTO AO VALOR)

6.2.1. Conceito

É a modalidade destinada às contratações mais vultosas, exigindo por isso, maior formalismo e publicidade.

6.2.2. Regra

Como já dissemos, a concorrência é selecionada, em regra, em razão do valor do contrato. Os valores estão no art. 23, e variam de acordo com a natureza da contratação. Vejamos:

Obras e serviços de engenharia: A concorrência é obrigatória para valores **ACIMA** de 3,3 milhões de reais.

Compras e outros serviços: A concorrência é obrigatória para valores **ACIMA** de 1 milhão e 430 mil reais.

Obs.: o Decreto 9.412/18 atualizou os valores do art. 23.

OBS: No caso de consórcios públicos os valores duplicam (três entes) ou triplicam (mais de três entes).

> *8666 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*
> *I - Para obras e serviços de engenharia:*

c) na modalidade concorrência - acima de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
II - Para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
c) na modalidade concorrência - acima de R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

6.2.3. Exceções

Excepcionalmente, no entanto, a concorrência é selecionada ***em razão da natureza do contrato (objeto).*** Será obrigatória quando tratar de:

- Compra e venda de Imóveis;
- Concessão;
- Licitações internacionais (art. 23, §3º).
- "CCL".

1) ***Modalidade concorrência em razão do objeto: compra e venda de imóveis (não importa o valor – art. 19 da Lei 8.666);***

Entretanto, não se trata de regra absoluta. No caso de venda de imóvel, se ele for oriundo de decisão judicial ou dação em pagamento, poderá ser vendido também na modalidade **leilão.**

Ou seja: regra é concorrência (e aqui será excepcionalmente em razão do objeto) para compra e venda imóveis. Por Exceção, também se admite **leilão** na venda (art. 19).

*Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de **procedimentos judiciais** ou de **dação em pagamento**, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:*
I - Avaliação dos bens alienáveis;
II - Comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;
*III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade **de CONCORRÊNCIA ou LEILÃO**.*

Decisão judicial: Qualquer ordem judicial que passe a titularidade do imóvel para o poder público.

Dação em pagamento: É o pagamento de obrigação ao poder público feito através da transferência de um bem. Exemplo: Pagamento de tributo feito com a transferência de imóvel.

2) ***Modalidade concorrência em razão do objeto: concessão de serviços públicos ou de direito real de uso de bem público (Art. 2, inc. II, Lei 8987/95).***

Concessão comum ou especial (PPP's) de serviços públicos, assim como a concessão de direito real de uso de bem público precisam ser precedidas de **concorrência**.

Lei 8987/95 - Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

*II - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na **MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*

OBS: Se os serviços estiverem no programa nacional de desestatização, excepcionalmente, poderão ser concedidos por **leilão** (ex: desestatização da telefonia). A previsão dos serviços do PND está na Lei 9.074/95.

3) Modalidade concorrência em razão do objeto: licitações internacionais (art. 23, §3º)

Regra

As licitações internacionais (que contam com a participação de empresa estrangeira) são, em regra, feitas na modalidade concorrência.

Exceção1

Excepcionalmente pode ser usada a modalidade tomada de preços, quando preenchidos dois requisitos:

1- Valor do contrato compatível com o parâmetro de valor da tomada de preços (vale dizer, se for valor superior ao que comporta a tomada não é possível);

2- Precisa ter um cadastro de empresas estrangeiras, ou seja, um banco de dados com os documentos dessas empresas estrangeiras.

Exceção2

Pode, ainda, ser usada a modalidade convite, quando preenchidos os seguintes requisitos:

1- Valor compatível com a modalidade convite;

2- Não pode existir fornecedor (do bem ou serviço) no país.

Em suma: se for compra e venda de imóveis, a regra é a concorrência SEMPRE, todavia, poderá a modalidade ser leilão se disser respeito à dação em pagamento ou decisão judicial. Se for concessão de serviços públicos ou de direito real de uso de bens públicos, a regra é a concorrência, mas poderá ser leilão se estiver no PND. No que diz respeito às licitações internacionais, a despeito da modalidade ser definida pelo objeto, acaba sendo definida também pelo valor, abarcando as outras modalidades que originalmente são definidas somente quanto ao valor (concorrência é a regra neste caso, mas pode ser tomada e convite também, de acordo com o valor e o cadastro – tomada – assim como o valor e a não existência do fornecedor – convite – no Brasil).

6.2.4. Participantes

Qualquer pessoa física ou jurídica que preencha os requisitos do instrumento convocatório pode participar da modalidade concorrência.

6.2.5. Prazo de intervalo mínimo

Cada modalidade possui o chamado prazo de intervalo mínimo, que nada mais é do que o lapso temporal observado, previsto em lei que vai da publicação do edital até a abertura dos envelopes. É um prazo obrigatório mínimo, ou seja, não impede que seja superior ao previsto. Esses prazos estão no art. 21 do Estatuto.

Quanto à **concorrência** o prazo de intervalo mínimo varia conforme o tipo de licitação:

1. Licitação do tipo técnica ou do tipo técnica e preço: prazo mínimo de **45 dias.**

2. Licitação do tipo preço: prazo de **30 dias.**

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:*
> *I - Quarenta e cinco dias para:*
> *b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";*
> *II - Trinta dias para:*
> *a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior (ou seja: tipo preço);*

OBS: *São **dias corridos***. Quando o legislador quer dia útil, ele deixa expresso.

6.3. TOMADA DE PREÇOS (REGRA: QUANTO AO VALOR)

6.3.1. Conceito

O critério aqui também é o **valor da contratação**.

A tomada de preços é a modalidade que fica entre convite (valores mais baixos) e concorrência (valores altos).

Deve ser usada a modalidade tomada de preços nos seguintes casos e valores:

Obras e serviços Engenharia: **ENTRE** 330 mil até 3,3 milhões de reais.

Compras e outros serviços: **ENTRE** 176 mil e 1.430.000,00.

OBS IMPORTANTE: Quando o valor é exatamente no limite, pode-se usar a modalidade menos rigorosa (tomada). Em qualquer caso, no entanto, existe uma orientação do TCU dizendo

que se pode optar pela modalidade mais complexa. Vale dizer, a concorrência sempre pode ser utilizada neste caso, assim como a tomada pode ser utilizada dentro de seus parâmetros e quando couber o convite. Isso porque o contrato administrativo é passível de alteração, e esta alteração **deve ser dentro dos limites da modalidade.** Para a prova objetiva, levar que no limite é a modalidade abaixo.

6.3.2. Participantes da modalidade tomada de preços

Participam da tomada de preços os licitantes **cadastrados** ou aqueles que ***preencherem os requisitos de cadastramento até três dias*** antes da entrega dos envelopes. Nesse último caso, o licitante deve pedir o cadastramento através de um requerimento, acompanhado de todos os documentos necessários para tal.

O cadastramento nada mais é do que uma habilitação prévia, em que os concorrentes, ao preencherem todos os requisitos necessários, são cadastrados perante a repartição, recebendo o chamado ***certificado de registro cadastral***. Dessa forma, quando surge um procedimento licitatório, não precisam passar pela fase de habilitação, bastando levar ao órgão licitante o certificado de registro cadastral (que tem validade de um ano).

Percebe-se que a tomada de preços tem um processo mais célere se comparada à concorrência, que prevê uma fase específica de habilitação, posterior à convocação do edital.

Normalmente, cada pessoa administrativa tem o seu cadastro de empresas. No entanto, nada impede que um ente possa se socorrer do cadastro de outro.

6.3.3. Prazo de intervalo mínimo

Licitação do tipo técnica ou tipo técnica e preço: Prazo mínimo de **30 dias**.

Licitação do tipo preço: Prazo mínimo de **15 dias.**

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *II - Trinta dias para:*
> *b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";*
> *III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior (ou seja: tipo preço), ou leilão;*

Perceber: diminuir 15 dos prazos da concorrência.

6.4. CONVITE (REGRA: QUANTO AO VALOR)

É a modalidade que comporta menos formalismo, sendo definida com base nos seguintes valores de contratação:

Obras e serviços de engenharia: Qualquer valor que não ultrapasse 330 mil reais.

Compras e outros serviços: Vai de 0 a 176 mil reais.

Vale lembrar que quando o valor não ultrapassa o limite de 10% da modalidade convite, a licitação é DISPENSÁVEL, ou seja, não é necessária, mas não impede que o administrador licite, caso no qual poderá optar pela modalidade convite.

Na modalidade convite não existe publicação de edital, sendo o instrumento convocatório materializado através da chamada **carta-convite**, dirigida pelo órgão licitante, a um mínimo de três interessados no ramo do objeto da contratação, que podem ser escolhidos livremente pelo administrador. No entanto, como veremos no tópico seguinte, a participação no certame não é limitada somente aos competidores convidados.

6.4.1. Participantes

Licitantes convidados (cadastrados ou não): Os licitantes convidados não precisam ser cadastrados, desde que sejam do ramo da atividade objeto do contrato. Como já frisamos, devem ser convidados no mínimo três interessados.

OBS: Se não existirem três licitantes no mercado, ou se, apesar de convidados, não forem apresentadas três propostas, nada impede que, justificadamente, o administrador prossiga com o processo licitatório com um número menor de licitantes (apesar de na prática o TCU entender que isso não seria possível, pelo princípio da competitividade, assim como o STJ já apresentou decisão nesse sentido). Em não havendo justificação, deve ser repetido o procedimento.

Licitantes cadastrados e não convidados: Podem participar os cadastrados que se habilitarem até **24h antes** da entrega das propostas. Esse prazo de 24 não é de cadastramento (diferente da tomada que tem os 3 dias para oferecer os documentos), é apenas para a entrega das propostas do cadastrado.

Instrumento convocatório do convite: Carta-convite (exceção ao edital – regra geral). No entanto, isso não significa que não há publicidade, pois apesar de não haver publicação de edital, a licitação é feita publicamente (*vide princípios, princípio da publicidade).* Publicidade não se confunde com publicação. Esta é apenas uma forma de publicizar o ato.

A Carta-convite não precisa ser publicada em diário oficial, mas deve ser afixada no átrio da repartição, a fim de possibilitar aos não convidados (mas cadastrados) manifestarem interesse de participar do processo.

6.4.2. Intervalo mínimo

Entre a expedição da carta-convite (ou publicação dela, o que ocorrer posteriormente) e a entrega dos envelopes deverá ser observado o prazo mínimo de 05 dias **ÚTEIS.**

Dia útil é o dia em que a repartição está funcionando. Se, por algum motivo a repartição não funciona (seja por alguma calamidade ou simples ponto facultativo), não é considerado dia útil.

OBS: o prazo daqui não é para a abertura dos envelopes. Aqui, o prazo é para entrega.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: ....*
> *§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:*
> *IV - cinco dias **ÚTEIS** para **convite**. (difere dos outros – concorrência e tomada – que são contados em dias corridos)*

6.4.3. Comissão de licitação do convite

Outra peculiaridade da modalidade convite refere-se à mitigação da comissão de licitação (art. 51 do Estatuto).

A regra é ter três servidores na comissão. Excepcionalmente, na modalidade convite, se a repartição for pequena e o destaque de três servidores para a comissão possa comprometer o serviço do órgão, pode a comissão ser formada por apenas um servidor.

> *Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por **comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação**.*
> *§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.*

OBS: A modalidade de licitação pode ser substituída pelo administrador? SIM, desde que o seja uma substituição por uma modalidade mais rigorosa.

A utilização de uma modalidade mais rigorosa tem relevância no sentido de possibilitar uma futura alteração no contrato com o licitante, visto que uma alteração contratual superveniente não pode ultrapassar o limite do valor da modalidade licitatória usada.

6.5. ESQUEMA DE VALORES (CONVITE x TOMADA x CONCORRÊNCIA)

Considerações

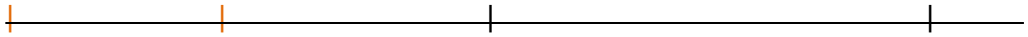
0 33 mil 330mil 3,3 milhão

Engenharia: 

Dispensável TOMADA CONCORRÊNCIA.

CONVITE

0 17,6 mil 176 mil 1,430milhão

Compras e 

outros serviços. Dispensável TOMADA CONCORRÊNCIA.

CONVITE

OBS: Esses valores de dispensa são duplicados ou triplicados quando da existência de consórcio público. Se o **consórcio público** tiver **até** três entes, os valores (limites) serão **dobrados** (33 ou 17,6x 02)**;** Se o **consórcio público** tiver **mais** de três entes, os valores são **triplicados.** (33 ou 17,6 x 03);

> *Art. 23*
> *§ 8o No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.*

Dispensa:

A dispensa se baseia no valor do convite (art. 24).

A licitação é dispensável quando o valor for igual ou menor a 10% do limite do convite.

Engenharia: 10% do convite = 33.000,00 reais.

Outras obras: 10% convite = 17.600,00 reais.

Vale lembrar que empresas públicas, sociedades de economia mista, agências executivas e consórcios públicos têm esses limites de dispensa dobrados, ou seja, 20%' do valor do limite da modalidade convite (art. 24, §1º), portanto, 66.000,00 e 35.200,00 respectivamente.

> *§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.* *(Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)*

6.5.1. Vedação do Fracionamento de despesas

> *Art. 23*
> *§ 5º É vedada a utilização da modalidade "CONVITE" ou "TOMADA DE PREÇOS", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.*

Se existe e possibilidade fática de o objeto ser contratado por inteiro, não pode o Administrador fracionar essas contratações a fim de licitar numa modalidade menos rigorosa ou até mesmo conseguir sua dispensa. Exemplo: Comprar um carro por mês, sabendo que precisa de um total de 20 carros.

Esse fracionamento de despesa é considerado uma **FRAUDE à licitação**. Agora, se no caso concreto não houver possibilidade de contratação integral do objeto, vale dizer, se a falta de planejamento orçamentário tornar obrigatória a divisão das despesas, até pode o administrador contratar separadamente, mas deve observar a modalidade de licitação cabível para hipótese de contratação integral do objeto, ou seja, deve utilizar a modalidade mais rigorosa. Isso cai em parecer de segunda fase.

Vale lembrar que a legislação não considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço.

6.6. LEILÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.6.1. Conceito

Ao contrário da regra das primeiras três modalidades vistas, o critério a ser verificado para a escolha do leilão *não é o valor* do objeto, mas **sim a sua natureza**.

Leilão serve para **alienar.**

A modalidade leilão serve para:

- VENDA de bens móveis inservíveis para a Administração
- VENDA de bens ***i***móveis decorrentes de decisão judicial ou dação em pagamento (art. 19). A alienação dos demais deve seguir a modalidade concorrência.
- VENDA de produtos legalmente apreendidos ou penhorados (de qualquer valor)
- VENDA de bens **móveis** (qualquer um) até o limite de 3,3 milhões. Ou seja, o art. 17, §6º permite a alienação através de leilão de qualquer bem móvel que não ultrapasse o valor. É um caso excepcional do leilão, em que não se observa a qualidade do objeto, mas sim o PREÇO.

> *Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*
> *§ 6o Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei (tomada de preço: 3.300.000,00), a Administração poderá permitir o **LEILÃO**.*

Inservível: Bens que não servem mais. Não necessariamente sucata, basta que não sirva para a finalidade que é usado.

Apreendidos: Exemplo os bens apreendidos pela polícia, pela receita federal.

Penhorados: Não se trata dos bens penhorados em processo de execução. O legislador errou, pois quis se referir aos bens EMPENHADOS, ou seja, com a garantia real do penhor. Exemplo: Penhor de joias da CAIXA. Caso não pague a dívida as joias são leiloadas.

6.6.2. Quem faz o leilão?

O leiloeiro é um servidor designado para essa função. Porém, nada impede que seja criado por lei esse cargo.

6.6.3. Procedimento do leilão

Não tem procedimento específico na lei. Segue o procedimento estabelecido no edital.

6.6.4. Prazo de intervalo mínimo

Prazo mínimo de 15 dias **corridos** entre a publicação do edital e o leilão.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *III - **quinze dias** para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou **LEILÃO**;*

6.7. CONCURSO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.7.1. Conceito

Não se confunde com o concurso público para provimento de cargos, que NÃO é modalidade de licitação.

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, destinada à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, na qual os vencedores recebem como contraprestação um prêmio ou uma remuneração.

Trata-se da escolha de uma atividade eminentemente intelectual, em que a Administração não busca a contratação direta com o vencedor, mas apenas a escolha do melhor projeto.

Exemplo: Escolha de projeto arquitetônico para reforma de praça. Ao vencedor pode ser dado um prêmio ou remuneração.

6.7.2. Procedimento

Também não é previsto na Lei. Cada concurso tem um procedimento, que é definido pelo seu regulamento. O regulamento deve ser obtido junto ao local indicado no edital.

6.7.3. Comissão

Aqui, também existe exceção à regra da comissão de licitação composta de no mínimo três servidores.

A comissão do concurso é especial. É dispensável a presença de servidores públicos, sendo imprescindível apenas a presença de pessoas idôneas com conhecimento da matéria em exame.

> *Art. 51, § 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.*

6.7.4. Prazo de intervalo mínimo

Prazo de 45 dias **corridos** entre o **edital e a seleção**. É o que mais cai em prova.

> *Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:*
> *I - quarenta e cinco dias para:*
> *a) concurso;*

6.8. PREGÃO (REGRA: QUANTO AO OBJETO)

6.8.1. Conceito

O pregão é modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços **comuns**, numa tentativa de desburocratizar o processo licitatório e torná-lo mais célere.

Pregão = Aquisição.

Leilão = Alienação.

Bem e serviço comum: É aquele que pode ser definido no edital como expressão usual de mercado.

Não significa bem simples. Significa aquele que pode ser comprado pronto em um estabelecimento. Que é facilmente encontrado no mercado, que quando colocado no edital todos conseguem definir bem do que se trata. Os serviços de engenharia, por exemplo, não entram nesse conceito, em regra.

Vale lembrar que o pregão é definido **apenas pela natureza do objeto** do contrato, vale dizer, não está limitado a nenhum valor.

Previsão legal: Lei 10.520/2002. Só traz as peculiaridades do pregão em relação à Lei 8.666.

O pregão pode ser **presencial** ou **eletrônico**.

O eletrônico ocorre em ambiente virtual (sala virtual na internet, por exemplo) em que se admite a participação apenas daqueles que previamente demonstraram interesse em competir.

No âmbito federal o pregão é feito **preferencialmente** por meio eletrônico. O problema desse método está relacionado à segurança do procedimento, pois, como se sabe, os meios eletrônicos nunca serão infalíveis (a queda de sistema é um problema bastante comum nesses processos).

O pregão é utilizado somente no **tipo menor preço**. Não é cabível no tipo técnica ou técnica + preço.

O procedimento é realizado pelo pregoeiro, previamente designado e capacitado, auxiliado por uma equipe de apoio.

O pregão tem um procedimento INVERTIDO, como analisaremos ulteriormente.

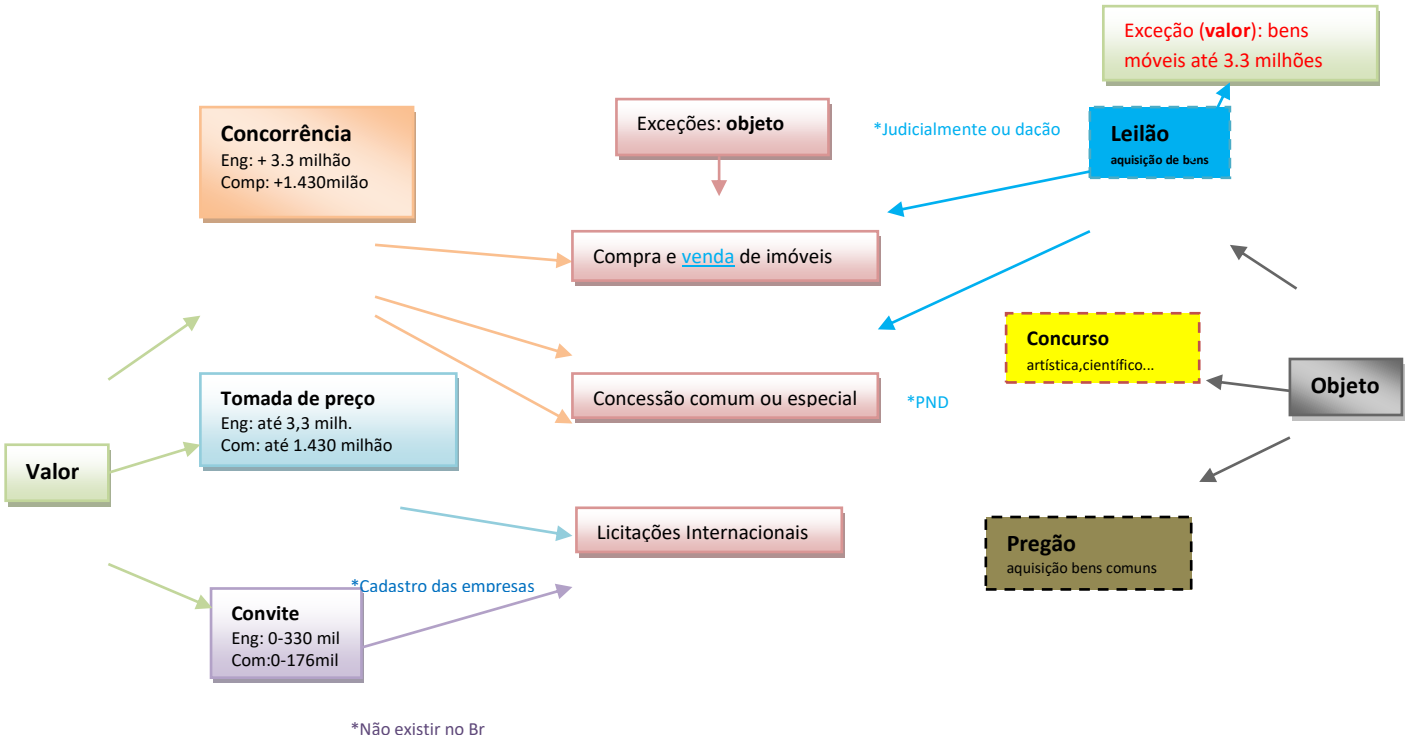
6.8.2. Prazo de intervalo mínimo

O edital do pregão deve ser publicado com no mínimo **oito dias úteis de** antecedência.

OBS: Os menores prazos são de dias ÚTEIS (05 do convite e 08 do pregão).

> *Lei 10.520/02*
> *Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*
> *V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, **não será inferior a 8 (oito) dias úteis;***

ESQUEMA MODALIDADES DE LICITAÇÃO



7. CONTRATAÇÃO DIRETA (DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO)

7.1. INTRODUÇÃO

A contratação direta libera a licitação, mas isso não significa que o ato não precisa ser precedido de um processo administrativo. Esse processo recebe o nome de ***PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO*** (art. 26 da Lei 8.666/93).

> *Art. 26. As **DISPENSAS** previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as **situações de INEXIGIBILIDADE** referidas no art. 25, **necessariamente justificadas**, e o **retardamento** previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, **dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos**.*
> *Parágrafo único. O **PROCESSO** de **DISPENSA**, de **INEXIGIBILIDADE** ou de **retardamento**, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
> *I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; **(Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)***
> *II - **razão da escolha** do fornecedor ou executante;*
> *III - justificativa do preço.*
> *IV - **documento de aprovação dos projetos** de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

***Dica parecer procuradoria:** fundamentar bem, detalhar bem a justificação. O artigo e os incisos. Esmiuçar.

Como foi acrescentada uma nova hipótese de licitação dispensável, a Lei nº 13.500/2017 também precisou alterar a redação do inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93 exigindo que o processo formal de dispensa demonstre qual é o "grave e iminente risco à segurança pública" que autoriza a contratação direta. Compare:

Redação anterior	Redação dada pela Lei 13.500/2017
Art. 26 (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;	Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - Caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

Vale lembrar que a contratação direta, devidamente justificada, deve ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, a fim de que esta o ratifique e o publique na imprensa oficial num prazo de cinco dias, como requisito de eficácia do ato.

O TCU e demais tribunais de contas fiscalizam com muito mais rigor esse processo de justificação, em comparação com o processo de licitação, que é a regra. É na contratação direta em que existe mais risco de fraudes, favorecimentos e descriminações.

DICA: Se parecer é sobre contratação direta, atentar para a existência de processo de justificação.

Possibilidades de contratação direta: Dispensa e inexigibilidade de licitação.

7.2. DISPENSA

7.2.1. Conceito e espécies

Aqui, a competição é faticamente possível, é viável. No entanto, ela não acontece por vontade do legislador.

Legislador libera da licitação.

A dispensa se subdivide em:

1) ***Licitação dispenSADA***

A licitação é faticamente possível, mas não é admitida. O Administrador não tem vontade de escolher se lícita ou não. Quem decide é o **LEGISLADOR**. As hipóteses de licitação dispensada estão previstas no art. 17 da Lei 8.666, que trata das **alienações de bens públicos.**

2) Licitação dispenSÁVEL

A licitação é faticamente possível, mas **não é necessária**. No entanto, o administrador tem discricionariedade para licitar, se assim quiser. Quem decide é o **ADMINISTRADOR**. Prevista no art. 24 da Lei 8.666.

Tanto o rol do art. 17 quanto o rol do art. 24 **são taxativos**, pois são previsões expressas do legislador.

7.2.2. Hipóteses de licitação dispensável

Vejamos agora as hipóteses de licitação dispensável, divididas conforme o critério de dispensa:

a) Valor do objeto da licitação;

b) Situações excepcionais;

c) Gêneros perecíveis e obras de arte;

d) Desinteresse na contratação;

e) Entidades sem fins lucrativos;

f) Disparidade de propostas;

g) Intervenção da União no domínio econômico;

h) Complementação do objeto;

i) Contrato entre pessoas administrativas;

j) Locação e compra de imóvel;

k) Negócios internacionais;

l) Pesquisa científica e tecnológica;

m) Energia Elétrica;

n) Transferência de tecnologia;

o) Consórcios Públicos e Convênios de Cooperação;

p) Navios, embarcações, aeronaves e tropas;

q) Peças no período de garantia técnica;

r) Materiais de uso militar;

s) Catadores de materiais recicláveis.

t) Construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais (Lei 13.500/2017)

Vamos ao estudo pormenorizado.

*Lei 8.666 Art. 24. É **DISPENSÁVEL** a licitação: (em razão de...)*

1) *Valor do objeto da licitação*

Art. 24
I - para OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
II - para OUTROS SERVIÇOS E COMPRAS de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior 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 realizada de uma só vez;

Obras e serviços de engenharia: 10% do limite para convite

Compras e outros serviços: 10% do limite para convite

Empresas estatais, consórcios públicos e agências executivas = limite de dispensa dobrado.

§ 1o Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

2) *Situações excepcionais*

Art. 24
III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
XXVIII – 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 pela autoridade máxima do órgão.
IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os

> *bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;*

EMERGÊNCIA aqui não é aquela criada pelo próprio administrador. Quando decorre de sua negligência ou desídia (exemplo: falta de coleta de lixo). Nesses casos, a dispensa até pode ser deferida, mas fundamentada no interesse público (razão essa que deve ser consignada no processo de justificação), devendo o administrador desidioso sofrer a responsabilização cabível.

A EMERGÊNCIA do inciso refere-se à iminente perigo decorrente de evento fortuito.

Somente pode ser dispensada a licitação de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo de 180 dias a contar do **surgimento do perigo**. NÃO É DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO.

O contrato emergencial é improrrogável.

3) Gêneros perecíveis e obras de arte

> *Art. 24*
> *XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;*
> *XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.*

4) Desinteresse na contratação

> *Art. 24*
> *V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;*

*Licitação "DESERTA"

É aquela em que não existem licitantes.

Duas alternativas surgem: Licitar de novo ou contratar diretamente. A regra é licitar de novo, mas, quando isso causar prejuízos à Administração, admite-se a contratação direta (mantidas as condições preestabelecidas no edital).

*Licitação "FRACASSADA"

É o caso de desclassificação geral.

A licitação tem duas fases: Habilitação e classificação/julgamento.

Se na fase de habilitação a empresa não cumpre os requisitos será inabilitada.

Se todas as empresas forem inabilitadas (inabilitação geral), deve haver nova licitação, salvo se isso causar prejuízo à Administração (mesma solução da 'deserta').

Se a empresa é habilitada e passar à fase seguinte, analisa-se a proposta. Se a proposta não cumprir a forma prevista no edital ou o preço não for compatível com o de mercado (disparidade da proposta), será desclassificada.

Agora, se todos os licitantes forem desclassificados (desclassificação geral), a lei permite a contratação direta (após aberto mais prazo para novas propostas). Essa última seria a fracassada para parte da doutrina (maioria).

> *Art. 48, § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

Alguns autores, no entanto, consideram licitação fracassada o desastre em qualquer das fases. Apenas uma questão terminológica, pois quanto à dispensa ser restrita ao caso de desastre na classificação não há divergência.

5) *Entidades sem fins lucrativos*

> *Art. 24*
> *XIII - 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;*
> *XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*
> *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.*

Compreende esse inciso, além da OS, a OSCIP. Vale lembrar que a licitação é dispensável somente no contrato em que a OS vai prestar um serviço à entidade ao qual está vinculada. Se for contrato entre OS e outro ente que não seja aquele que ela detém vínculo pelo termo de parceria (OSCIP) ou contrato de gestão (OS), deverá este ente licitar.

6) *Disparidade de propostas*

> *Art. 24, VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único (hoje é §3º!) do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou*

> *serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.*

É o caso da licitação fracassada (frustrada) vista acima, junto à deserta.

> *Art. 48, § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

7) *Intervenção da União no domínio econômico*

> *Art. 24, VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento.*

8) *Complementação do objeto*

> *Art. 24, XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*

Complementação de obra, serviço, ou fornecimento anterior inacabado e com contrato rescindido, desde que observada a ordem da licitação anterior.

9) *Contrato entre pessoas administrativas*

> *Art. 24, VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*

Na Contratação feita por Administração DIRETA com pessoas administrativas do mesmo ente federativo é dispensável a licitação, excluídas as empresas exploradoras de atividade econômica, que precisam competir junto com a iniciativa privada. Da mesma forma, se for ente administrativo criado após a vigência do Estatuto, a licitação não é dispensada.

> *XVI - para a **impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais,** bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico.*

Estaria englobada no caso anterior não fosse uma peculiaridade: Aqui não é necessário que o ente administrativo a ser contratado tenha sido criado antes da vigência da lei.

> *XXIII - na contratação realizada por **empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas**, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.*

Aqui se trata das estatais contratando com suas subsidiárias. Exemplo: Petrobrás contratando com a Transpetro.

10) Locação e compra de imóvel

> *Art. 24, X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.*

É o caso da necessidade de compra ou locação de um imóvel **específico.**

11) Negócios internacionais

> *Art. 24, XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público.*

12) Pesquisa científica e tecnológica

> *Art. 24, XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do **caput** do art. 23*
>
> *§ 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do **caput**, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*
> *§ 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do **caput** do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do **caput**. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)*

13) Energia Elétrica

> *Art. 24, XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.*

14) Transferência de tecnologia

> *Art. 24, XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.*

15) Consórcios Públicos e Convênios de cooperação

Art. 24, XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

16) Navios, embarcações, aeronaves e tropas

Art. 24, XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei

17) Peças no período de garantia técnica

Art. 24, XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia.

18) Materiais de uso militar

Art. 24
XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto.
XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

19) Catadores de materiais recicláveis

Art. 24
XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

20) Para prestação de serviços de assistência rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e Na Reforma Agrária.

Art. 24
XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2010)

21) Contratações em cumprimento ao que dispõe a Lei sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica.

Art. 24
XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Lei 10.973/04
Art. 3o A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.
Parágrafo único. O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

Art. 4o As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:
I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;
II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.
Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas.

Art. 5o Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.
Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação

> *Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.*
> *§ 1o Considerar-se-á desenvolvida na vigência do contrato a que se refere o caput deste artigo a criação intelectual pertinente ao seu objeto cuja proteção seja requerida pela empresa contratada até 2 (dois) anos após o seu término.*
> *§ 2o Findo o contrato sem alcance integral ou com alcance parcial do resultado almejado, o órgão ou entidade contratante, a seu exclusivo critério, poderá, mediante auditoria técnica e financeira, prorrogar seu prazo de duração ou elaborar relatório final dando-o por encerrado.*
> *§ 3o O pagamento decorrente da contratação prevista no caput deste artigo será efetuado proporcionalmente ao resultado obtido nas atividades de pesquisa e desenvolvimento pactuadas.*

22) Construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais

A Lei nº 13.500/2017 acrescentou mais um inciso ao art. 24, criando uma nova hipótese de licitação dispensável. Veja:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
> *(...)*
> *XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.*

7.3. INEXIGIBILIDADE

7.3.1. Conceito e previsão legal

Refere-se à **competição inviável**, conforme previsão do art. 25.

O rol do art. 25 é **exemplificativo**. Traz apenas exemplos nos quais a competição seria inviável e consequentemente inexigível.

> *Art. 25. É **INEXIGÍVEL** a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:*
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial EXCLUSIVO, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 2º Na hipótese DESTE ARTIGO e em QUALQUER DOS CASOS DE DISPENSA, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Quais são então as hipóteses de competição inviável, fora as do art. 25? R: Veremos então as condições de viabilidade da competição. Três requisitos cumulativos. Faltando qualquer um deles a competição torna-se inviável: pressuposto lógico, jurídico e fático.

7.3.2. Pressupostos cumulativos de viabilidade da competição

1) Pressuposto lógico

Pluralidade de objetos e de ofertantes.

Nesse sentido, a inviabilidade da competição por falta de pressuposto lógico pode ocorrer de duas formas:

a) Singularidade do objeto (bens ou serviços).

b) Singularidade do ofertante (produtor ou fornecedor exclusivo).

→ Bem singular. O objeto pode ser singular em três aspectos:

- Em caráter absoluto: Só existe um no mercado.

- Evento externo: Quando o objeto participa de evento externo e se torna singular. Exemplo: Capacete do Senna.

- Caráter pessoal: Obras de arte, por exemplo.

→ Serviço singular. Não significa a singularidade de quem presta o serviço, que sempre existe (ninguém presta um serviço de maneira exatamente igual ao outro); a singularidade deve estar relacionada à complexidade do serviço, o qual precisará de alguém com notória especialização e capacidade para a realização do serviço. Caso exista mais de um prestador com notória especialização reconhecida pelo mercado, pode o administrador escolher conforme seu juízo de valor.

→Ofertante singular. Ocorre quando existir objeto singular, caso no qual seu produtor/conhecedor será o ofertante exclusivo, ou quando existir pluralidade de objetos, mas todos sob a propriedade do mesmo ofertante.

2) Pressuposto jurídico

Pressuposto jurídico é o interesse público, ou seja, a competição só é viável se apta a satisfazer o **interesse público**. Nesse sentido, vale mencionar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o **pressuposto jurídico** da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput".

> *Art. 25. É **INEXIGÍVEL** a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:*

É exatamente esse o exemplo da questão da AGU abaixo.

'A EP e SEM na sua atividade fim não precisa licitar'. Ver acima EPs e SEMs.

Pressuposto jurídico da licitação é a proteção do interesse público. Se na situação concreta a licitação prejudicar o interesse público, é caso de inviabilidade, pela falta de pressuposto jurídico.

Exemplo de situação em que a licitação é prejudicial ao interesse público: Licitação Nas empresas estatais (exploradoras de atividade econômica) para contratação de bens ou serviços indispensáveis à sua atividade fim, em que o procedimento vai tumultuar e prejudicar a finalidade da empresa, prejudicando-a em relação às empresas privadas. Nesse caso, a licitação prejudica o interesse público, que a própria licitação deveria proteger, por isso é inviável.

Concluindo: Esse prejuízo da licitação nas estatais é muito mais comum nas exploradoras de atividade econômica, que primam pela agilidade.

3) *Pressuposto fático*

Relaciona-se ao **interesse de mercado**, ou seja, é inviável a competição quando não existirem interessados em licitar.

Exemplo: Administração decide contratar médico especialista em cirurgias cardíacas. No contrato diz que o médico ganhará 500 reais por mês. Por esse salário ninguém vai querer contratar, faltará pressuposto fático. Será inexigível a licitação, desde que, é claro o administrador comprove fundamentadamente a falta de interesse de mercado.

Ou seja, antes de licitar deve-se fazer um estudo para ver se o mercado tem interesse no objeto da licitação. Não se confunde com licitação deserta, que não ocorre, não por falta de interesse do mercado, mas por outras razões.

Vejamos novamente o art. 25:

> *Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por **produtor, empresa ou representante comercial EXCLUSIVO**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

É falta de **pressuposto lógico**. Pela singularidade de fornecedor do objeto. Não se pode falar em marca de produto, mas apenas de qualidade.

"Considera-se vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade; para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no país" (HELY).

> *II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, **de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização,** vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

É falta de **pressuposto lógico**. Pela singularidade do serviço

> *III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

Também é falta de pluralidade de concorrentes, **de pressuposto lógico**.

8. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

Vamos estudar a regra geral, que vale para Concorrência, tomada de preços e convite. Lembrando que **leilão e concurso** não têm procedimento previamente definido em lei. Caberá depois o estudo do procedimento do pregão.

O procedimento de licitação possui uma fase interna e uma externa. Vejamos:

8.1. FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

Trata-se de toda a preparação que vai até a publicação do edital. O primeiro passo da fase interna é a formalização do processo administrativo.

8.1.1. Formalização do processo

1. Autuação do processo: Dar capa, número, numerar páginas etc.

A segunda providência é...

2. Identificação de necessidades: No processo precisam estar identificadas as necessidades da licitação (o que precisa comprar, por exemplo).

3. Recurso orçamentário: A licitação só é viável se existir recurso orçamentário par tanto. As necessidades precisam ser conciliadas com as possibilidades orçamentárias. Ou seja, sem que existam recursos para o futuro contrato, sequer pode ser iniciado o procedimento licitatório. Nessa fase, deve ser identificada parte do orçamento necessária à realização do contrato. Atualmente muitas obras ficam inacabadas por falha nessa fase do procedimento, em que muitas vezes o administrador mente o orçamento e o problema só estoura no próximo governante. Tem-se entendido que essa falsa declaração do orçamento constitui falsidade ideológica.

4. Nomeação da comissão de licitação. A comissão é responsável pelas fases de habilitação dos licitantes e julgamento das propostas.

Requisitos da nomeação estão no art. 51 do Estatuto. Pode existir uma comissão permanente, que dura um ano, ou comissão temporária, que fica restrita à atuação naquele procedimento.

Vale lembrar que a totalidade dos membros da comissão **não pode ser reconduzida** para a mesma comissão em período subsequente.

Os membros da comissão são solidariamente responsáveis pelos atos praticados.

> *Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de,* ***no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes*** *dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.*

*§ 1º No **caso de convite**, a Comissão de licitação, **excepcionalmente,** nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, **poderá ser substituída por servidor (1)** formalmente designado pela autoridade competente.*
§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.
*§ 3º Os membros das Comissões de licitação **responderão solidariamente** por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.*
*§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da **totalidade de seus membros** para a mesma comissão no período subsequente.*
*§ 5º No caso de **concurso**, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, **servidores públicos ou não.***

8.1.2. Elaboração do edital (art. 40 da Lei)

O edital é o meio de convocação dos concorrentes (com exceção da modalidade convite). Nele devem constar vários dados: o objeto da licitação, o preço, o prazo, o critério de julgamento etc.

Além disso, junto a ele devem vir alguns anexos: a minuta do contrato, o projeto básico (se for o caso) e/ou o projeto executivo, orçamento e normas de execução.

OBS: Quando celebrado o contrato, o edital virá anexo a ele também. Esses dois elementos andam sempre juntos.

Uma vez elaborado o edital, ele deve ser submetido a um **parecer jurídico**. A comissão de licitação não precisa ter formação jurídica, mas o edital, ***obrigatoriamente,*** deve ser submetido a um parecer, normalmente da procuradoria ou do assessor jurídico da entidade.

Dado o parecer jurídico, o edital volta para a autoridade superior (aquela que nomeou a comissão), a qual caberá realizar a **autorização** formal para a deflagração do certame, em que se passa para a fase externa do procedimento, com a publicação do edital.

Essa autoridade, autorizando formalmente a deflagração, sai de cena, quem segue agora é a comissão. A autoridade retorna ao final, assim como veremos.

*Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte**:*
*I - **objeto da licitação**, em descrição sucinta e clara;*

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
*III - **sanções** para o caso de inadimplemento;*
*IV - **local** onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;*
*V - **se há projeto executivo disponível** na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;*
*VI - **condições para participação na licitação**, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;*
*VII - **critério para julgamento**, com disposições claras e parâmetros objetivos;*
*VIII - **locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação** à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;*
IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
*X - **o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global,** conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*
*XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*
XII - (Vetado).
*XIII - **limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços** que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;*
XIV - condições de pagamento, prevendo:
*a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias,** contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;*
*b) **cronograma de desembolso máximo por período**, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;*
*c) **critério de atualização financeira** dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;*
*d) **compensações financeiras e penalizações**, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*
e) exigência de seguros, quando for o caso;
XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.
§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.
§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:
*I - o **projeto básico e/ou executivo**, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;*
II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;
IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.
§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.
§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:
*I - o disposto no inciso XI deste artigo; (dispensa do **critério de reajuste** entre apresentação da proposta e adimplemento)*
*II - a **atualização financeira** a que se refere a alínea "c" do inciso XIV (desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo adimplemento) deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.*
*§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento (**acrescido pela Lei 13.500/2017**)*

OBS: PROJETO BÁSICO: Nos processos de contratação de obras e serviços **é** obrigatório. É o projeto básico que define o objeto da licitação, estimando, assim, o valor e o prazo da execução do contrato. Exemplo: Edital para contratação de construtora. Precisa de alguém que entenda de construção para elaborar o edital, para elaborar o chamado ***projeto básico (art. 6º do Estatuto),*** que é o que vai definir o objeto da licitação. Dependendo da complexidade do projeto básico, será necessária uma nova contratação de algum particular ou empresa para definir o objeto da licitação, caso no qual essa contratação também será precedida de licitação (observados os casos de dispensa e inexigibilidades).

A empresa autora do projeto básico ou executivo **não pode concorrer no certame.**

PROJETO EXECUTIVO é outra coisa: é a forma como vai ser executado o objeto, não precisando ser definido nesse momento. O projeto executivo pode ser apresentado no momento da execução do processo.

AUDIÊNCIA PÚBLICA: É obrigatória nas licitações simultâneas ou sucessivas cujo montante ultrapasse 150milhões. Deve ser realizada com antecedência mínima de 15 dias úteis da data do edital, e deve ser divulgada com antecedência mínima de 10 dias úteis de sua realização. Na audiência os interessados terão acesso a todos os dados referentes ao objeto da licitação.

A fim de estimular a contratação de ex-detentos, a Lei nº 13.500/2017 acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 8.666/93 prevendo que a Administração Pública poderá exigir que as empresas contratadas pelo Poder Público tenham um mínimo de funcionários que sejam oriundos do sistema prisional. Veja:

Art. 40. (...)
§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

8.2. FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO

8.2.1. Publicação do edital

1) Requisitos

A publicação tem seus requisitos previstos no art. 21 do Estatuto, devendo ser feita em Diário Oficial e Jornal de grande circulação.

Na realidade não se publica o edital, mas apenas o chamado aviso de edital (espécie de resumo), tendo em vista a prolixidade do edital. Nesse aviso constam as informações mais importantes e, principalmente, em que se encontra a íntegra do edital.

A Administração não pode comercializar o edital como meio de arrecadação. A Administração pode cobrar apenas o custo de reprodução do edital.

A aquisição (compra) do edital não pode ser considerada requisito para a participação no certame. Exige-se que o licitante tenha conhecimento do edital, mas não se exige que esse conhecimento se dê pela compra do edital.

*Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:***
*I - no **Diário Oficial da União,** quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;*
*II - no **Diário Oficial do Estado,** ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;*
III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.
*§ 1º O aviso publicado conterá a **indicação do local em que os interessados poderão ler** e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.*
§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
I - quarenta e cinco dias para:
a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
II - trinta dias para:
a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (melhor preço)
b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" (melhor preço) do inciso anterior, ou leilão;
IV - cinco dias úteis para convite. (lembrar do pregão: 08 dias úteis)
§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.
§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

2) Prazo de intervalo mínimo

É o prazo mínimo que deve ser observado entre a publicação do edital e a data prevista para a apresentação das propostas. Esse prazo é de:

a) 45 dias ***CORRIDOS***:

- Concurso;

- Concorrência, no tipo melhor técnica ou técnica + preço.

b) 30 dias ***CORRIDOS***:

- Concorrência, no tipo melhor preço;

- Tomada de preços, no tipo melhor técnica ou técnica + preço.

c) 15 dias ***CORRIDOS***:

- Tomada de preços, no tipo melhor preço;

- Leilão.

d) 08 dias ***ÚTEIS*****:**

- Pregão.

e) 05 dias ***ÚTEIS*****:**

- Convite.

Vale lembrar que qualquer alteração no edital (medida excepcional), deve ser feita pelo mesmo modo pelo qual foi publicado, devendo ser reaberto novo prazo mínimo para apresentação das propostas, salvo quando a alteração em nada afetar a formulação de propostas.

A nova publicação se limita à parte aditada, do contrário (publicação na íntegra) estaria sendo deflagrado um novo procedimento licitatório.

3) Impugnação do edital

É durante esse prazo mínimo que o edital pode ser impugnado. Tem legitimidade para impugnar o edital (art. 41):

> *Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*
> *§ 1º Qualquer **cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido **até 5 (cinco) dias úteis** antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.*
> *§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração **o licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*
> *§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.*
> *§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.*

→Qualquer cidadão: Até o **quinto dia útil anterior** a apresentação das propostas, devendo a impugnação **ser julgada em até três dias úteis**.

→Licitante (potencial licitante): O prazo do licitante é maior: tem até o **segundo dia útil anterior** à apresentação das propostas impugnar o edital, não havendo qualquer previsão de prazo para o julgamento da impugnação.

Em não impugnado nesse momento, o licitante decai do direito de fazê-lo. Essa decadência refere-se à via administrativa, ou seja, nada impede que posteriormente ele questione judicialmente.

OBS: Esse momento é oportuno para impugnar não apenas o edital, mas também seus anexos, como a minuta do contrato.

Como dito, ao edital impugnado pelo licitante, a lei não prevê prazo para julgamento da comissão.

A impugnação **não suspende o andamento do processo licitatório**, visto que não tem natureza de recurso.

A fase de abertura termina com o recebimento dos envelopes.

Único momento em que a comissão tem para alterar o edital.

-Alteração: se faz por aditamento. Devendo ser publicada da mesma forma que for o edital.

-Alteração das obrigações: deve-se reabrir o prazo de intervalo mínimo.

8.2.2. Recebimento dos envelopes

Conforme o tipo de licitação serão entregues dois ou três envelopes:

-Melhor preço: 01 envelope com documentação; 01 envelope com proposta de preço.

-Melhor técnica: 01 envelope com documentação; 01 envelope com proposta técnica.

-Técnica e preço: 01 envelope com documentação, 01 com proposta de preço, 01 com proposta técnica.

Todos os envelopes devem ser entregues na data prevista, não importando quem os entregue. Conforme entendimento jurisprudencial, a intempestividade pode ser tolerada, desde que a entrega dos envelopes seja feita até o momento em que a comissão parar de receber as propostas.

Em primeiro lugar é analisado pela comissão o envelope da documentação, dando início à fase de habilitação dos licitantes.

8.2.3. Fase de habilitação (ou fase de qualificação)

É a análise do envelope que contém a documentação, averiguando, assim, se os concorrentes têm aptidão para uma futura contratação.

O art. 27 traz os cincos aspectos sobre os quais a Administração pode exigir documentação dos licitantes, a fim de considerá-los qualificados ou não. São eles:

a) Habilitação jurídica;

b) Qualificação técnica;

c) Qualificação econômico-financeira;

d) Regularidade fiscal;

Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88 (relativo à proibição de trabalho de menores).

> *Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*
> *I - habilitação jurídica;*
> *II - qualificação técnica;*
> *III - qualificação econômico-financeira;*
> *IV – regularidade fiscal e TRABALHISTA;*
> *V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

O art. 28 e seguintes enumeram os documentos necessários à comprovação dos referidos requisitos.

> *Art. 28. A documentação relativa à **HABILITAÇÃO JURÍDICA**, conforme o caso, consistirá em:*
> *I - cédula de identidade;*
> *II - registro comercial, no caso de empresa individual;*
> *III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;*
> *IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;*
> *V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.*
>
> *Art. 29. A documentação relativa à REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA, conforme o caso, consistirá em:*
> *I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);*
> *II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;*
> *III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;*
> *IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.*
> *V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.*
>
> *Art. 30. A documentação relativa à **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA** limitar-se-á a:*
> *I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*
> *II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação,*

bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.
§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;
§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.
§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.
§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.
§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.
§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.
§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.
§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.
§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a

substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

*Art. 31. A documentação relativa à **QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA** limitar-se-á a:*
I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.
§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.
§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.
§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.
§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.
§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

*Art. 32. Os documentos necessários à **HABILITAÇÃO** poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.*
§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.
§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.
§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.
§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.
§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais 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, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.
§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do ***caput*** *do art. 23.*

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de ***EMPRESAS EM CONSÓRCIO****, observar-se-ão as seguintes normas:*
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;
IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

> *V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.*
> *§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.*
> *§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.*

Abertos os envelopes, toda a comissão e todos os licitantes presentes devem rubricar os documentos, de forma a evitar fraudes, como a substituição de documentos (art. 43, §2º).

> *Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*
> *§ 2o Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.*

Análise e julgamento dos requisitos

Preenchidos os requisitos, o licitante é considerado HABILITADO (ou qualificado). Do contrário é considerado inabilitado (ou desqualificado).

Recurso

Após essa decisão a respeito da habilitação, abre-se prazo para recurso. O prazo previsto é de **cinco dias úteis**, exceto a hipótese de convite, na qual o prazo é de **dois dias úteis**. O prazo é contado da lavratura da ata, para os licitantes presentes, e da publicação na imprensa oficial, para os ausentes (art. 109, I, a).

> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*
> *a) habilitação ou inabilitação do licitante;*

Esse recurso tem efeito suspensivo, numa exceção à regra dos recursos previstos no Estatuto.

Julgados os recursos, a sessão tem continuidade. Aos inabilitados devem ser devolvidos os envelopes fechados das propostas, reputando-os excluídos do certame.

OBS: Se todos os licitantes são inabilitados/desqualificados, mesmo assim deve-se tentar salvar a licitação, abrindo-se um prazo de oito dias úteis para que os licitantes complementem os documentos (art. 48, §3º). Se a modalidade for de convite o prazo poderá ser reduzido para três dias úteis. Em não tendo sucesso essa diligência, deve ser realizada nova licitação. (após essa nova licitação, ainda assim forem todos inabilitados, causando prejuízo a administração, pode haver a contratação direta).

> *Art. 48*

> *§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o **prazo de oito dias úteis** para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*

Encerrada a fase de habilitação, não pode o concorrente habilitado desistir da licitação, salvo justo motivo apresentado à comissão e por ela aceito.

> *Art. 46, § 6o Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.*

Da mesma forma, não pode também o habilitado ser excluído do certame por motivos relativos à fase de qualificação, salvo quando por fatos supervenientes ou não conhecidos.

> *Art. 46, § 5o Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.*

8.2.4. Fase de classificação e julgamento

Dentro dessa fase existem três subetapas:

Fase de classificação: Verifica-se se o licitante cumpriu as **formalidades** da proposta e se o **preço oferecido é compatível** com aquele praticado no mercado.

Agora, o licitante que preenche os requisitos está **CLASSIFICADO** (ou **desclassificado**, caso contrário).

Julgamento: Dentre os classificados, escolhe-se a proposta mais **vantajosa** para a Administração, observados os **critérios objetivos** previstos no edital. Havendo empate a solução se dá pelo sorteio, sem forma definida em lei (art. 45, §2º).

> *Art. 45, § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no **§ 2º do art. 3º desta Lei**, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.*

Selecionada a proposta vencedora, o que ocorre com os demais concorrentes?

Ordenação das propostas: A comissão coloca em ordem de classificação todos os licitantes que não foram desclassificados, sendo o primeiro colocado o vencedor do certame.

Em sendo todos os licitantes DESCLASSIFICADOS, ocorre a chamada licitação fracassada (frustrada). Nesse caso, a Administração pode abrir o prazo do art. 48, §3º, para que sejam apresentadas novas propostas. Em não atingindo êxito a diligência, configura-se uma das

hipóteses de licitação dispensável, possibilitando a contratação direta, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços.

Em suma:

-Inabilitação geral → 08 dias úteis para apresentação de **nova documentação** → Não deu? Nova licitação→Não deu? Prejuízo? Dispensável, contração direta (art. 24, V)

-Desclassificação geral → 08 dias úteis para apresentação de **novas propostas** → Não deu? Dispensável, contratação direta (art. 24, V).

*As condições devem ser as mesmas!

Recurso (art. 109 de novo)

Da decisão cabe recurso hierárquico a ser interposto perante a autoridade superior no prazo de cinco dias úteis, com exceção do convite, que é de dois dias úteis. Esse recurso também é dotado de **efeito suspensivo**.

> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*
> *b) julgamento das propostas;*
> *§ 2o **O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito SUSPENSIVO**, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.*

O prazo também é contado da lavratura da ata (se presente os licitantes) ou da intimação (se ausente). Vale lembrar que a interposição de recurso deve ser comunicada aos demais licitantes, visto que esses têm o direito de impugnar no prazo de cinco dias úteis.

DICA: recurso na licitação com **efeito suspensivo**, só este (julgamento) e o da habilitação. Não existem mais recursos com efeito suspensivo na licitação.

8.2.5. Homologação

Após o julgamento final pela comissão, o processo deve ser remetido à autoridade competente (**aquela do início...**a mesma que nomeia a comissão e que deflagra o procedimento), a fim de que analise a regularidade do procedimento.

Com o processo em mãos, a autoridade tem as seguintes opções:

Determinar o retorno do processo para a comissão, a fim de corrigir eventuais irregularidades, se estas forem supríveis;

Invalidar o procedimento, no todo ou em parte, se estiver maculado de vício insanável.

Revogar a licitação por questões de ordem administrativa, conforme art. 49 do Estatuto ou;

Homologar o resultado declarado pela Comissão, adjudicando o objeto da licitação ao vencedor.

> *Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.*
> *§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
> *§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.*
> *§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.*

8.2.6. Adjudicação

Adjudicação é o ato de atribuir ao vencedor o objeto da licitação. **É dar ao vencedor o status de vencedor.** A adjudicação não dá direito à assinatura do contrato, mas assegura ao vencedor o direito de não ser preterido quando da realização do contrato.

O licitante vencedor fica **obrigado a assinar** o contrato pelo **prazo de sessenta dias**, cujo termo a quo é a data da apresentação das propostas (entrega dos envelopes). Esse prazo de 60 dias é a regra geral prevista na lei, que também prevê a possibilidade de fixação de prazo maior em edital, se assim entender conveniente a Administração.

Se, dentro do prazo fixado, o licitante não contrata, sofrerá as penalidades do art. 87 (art. 81) do Estatuto. Nesse caso, chama-se o segundo colocado, que **deverá contratar nos moldes da proposta do primeiro colocado** (estes não estão obrigados a contratar, art. 64; lembrar ainda que no pregão, o segundo contrata pelo preço que ofereceu e não pelo preço do primeiro colocado).

> *Art. 81. A **recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato**, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, **caracteriza o descumprimento total da obrigação** assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.*
> *Parágrafo único. O **disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2o desta Lei,** que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço.*
>
> *Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.*

§ 2o É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração 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 Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública 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 o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
§ 1º 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 Administração ou cobrada judicialmente.
§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art. 109 inciso III)

8.2.7. Revogação, anulação e desistência da licitação

1) Revogação

É o desfazimento da licitação, ***depois de concluída*** por motivos de conveniência e oportunidade supervenientes (interesse público), devidamente justificados.

Implica em pagamento de indenização ao vencedor no valor das despesas por ele realizadas (há controvérsias) e impossibilidade de repetição do procedimento licitatório.

A revogação atinge todo o procedimento licitatório. Se já realizada a contratação, não há que se falar em revogação.

Assegura-se o contraditório e a ampla defesa, podendo o licitante vencedor interpor recurso no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato.

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá REVOGAR a licitação por razões de interesse público

decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
c) anulação ou REVOGAÇÃO da licitação;

2) *Anulação*

É o desfazimento da licitação por constatação de vício de legalidade, realizado tanto pela Administração quanto pelo Judiciário.

A anulação pode ser total ou parcial, devendo os atos invalidados ser reeditados.

Invalida todos os atos posteriores à existência do vício, atingindo **inclusive** o contrato celebrado.

Não gera o dever de indenizar, salvo os valores relativos às despesas realizadas com a execução do contrato, e somente se a ilegalidade não tiver sido causada pelo contratado.

No caso de anulação fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. Da decisão de anulação cabe recurso administrativo no mesmo prazo de cinco dias úteis.

*Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo ANULÁ-LA POR ILEGALIDADE, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado**.*
*§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade **não gera obrigação de indenizar**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
*§ 2º A nulidade do procedimento licitatório **induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*
§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.
§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
c) ANULAÇÃO ou revogação DA LICITAÇÃO;

3) *Desistência*

É a renúncia à continuidade do procedimento licitatório ***em curso,*** por motivos supervenientes de interesse público. É ato praticado pela mesma autoridade que deflagrou o procedimento.

Todos os licitantes têm direito à indenização, cujo valor não pode ultrapassar as despesas que os concorrentes tiveram com o procedimento até o momento de seu desfazimento.

8.3. PROCEDIMENTO INVERTIDO DO PREGÃO

Conforme as peculiaridades previstas na Lei 10.520/02.

A fase interna é a mesma.

Depois se passa à publicação do edital.

Recebimento dos envelopes.

- Primeiro vem a fase de classificação e julgamento (primeiro abre-se os envelopes das propostas); sem direito de recurso

- Depois a fase de habilitação.

Ou seja, apenas verificam-se os documentos da empresa vencedora.

Se a primeira for inabilitada, chama-se a segunda, mas **ela será chamada pelo preço que fez**, não pelo preço da primeira.

Possibilidade de recurso, que deve ser apresentado **na hora**. No entanto, as razões por escrito ele tem três dias para entregar.

- Adjudicação (atribui o objeto ao vencedor...vem primeiro que a homologação).

- Homologação (verificação de regularidade do processo)

Essa última inversão é muito criticada, pelo fato de não ter lógica atribuir o objeto ao vencedor antes da verificação da regularidade. Por isso, na prática, tem-se realizado os dois atos concomitantemente.

*Percebe-se que em comparação com o procedimento comum, o do pregão é invertido em DOIS pontos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. INTRODUÇÃO

Também previstos na Lei 8.666/93.

Os temas recorrentes são cláusulas exorbitantes e formalidades do contrato.

Os mesmos conceitos do direito privado se aplicam aos contratos administrativos.

Todo contrato em que a Administração for parte recebe o nome de Contrato da Administração. Esse é o gênero do qual existem duas espécies: Os contratos regidos pelo Direito Privado (Contratos privados da Administração) ou pelo Direito Público (Contratos Administrativos).

Contratos privados da administração: empréstimo, locação (apesar de licitada), arrendamento etc.

Contratos administrativos: Concessão de serviço, permissão de serviço, consórcios públicos.

Só estudaremos os contratos administrativos (Direito Público).

2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Negócio jurídico bilateral, envolvendo entidade administrativa, com o objetivo de satisfação do interesse público, sendo, por isso, regido pelo Direito Público (cláusulas exorbitantes).

3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Temos as seguintes características:

- Presença da Administração;
- Formal;
- Consensual;
- Comutativo;
- Adesão;
- Personalíssimo.

Vejamos:

3.1. PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO

Seja sujeito ativo ou passivo; e assim, privilégio, prerrogativa, cláusula exorbitante.

3.2. FORMAL

Lembrando que temos de licitar para fazer contrato, *a priori*.

3.3. CONSENSUAL

Fica pronto e acabado quando se **manifesta à vontade**. É diferente do contato REAL, que depende da entrega do bem (contrato de mútuo, depósito, comodato, por exemplo). No contrato consensual a entrega do bem já faz parte da execução, o que é posterior à sua formação.

3.4. COMUTATIVO

Prestação e contraprestação equivalentes e pré-determinadas. Diferente do contrato aleatório, em que as prestações são incertas, pode ser modificado.

3.5. ADESÃO

Cláusulas pré-determinadas, não se discute cláusula contratual. Cabe a outra parte aceitá-los ou não.

3.6. PERSONALÍSSIMO

Intuitu personae. Leva em consideração a qualidade do contratado. Por conta disso, em regra, não se admite a ***subcontratação*** (não é vista com bons olhos, pode gerar fraudes na licitação, exemplo: administração lícita e celebra contrato com empresa X que subcontrata com a empresa Y, por que a Y não participou da licitação? Viola o princípio da isonomia). Desrespeitaria o dever de licitar, o princípio da isonomia e a característica personalíssima dos contratos.

Excepcionalmente a lei admite a subcontratação, desde que observadas algumas exigências:

- Deve estar prevista no edital ou no contrato;
- Precisa da anuência da Administração;
- A empresa subcontratada precisa cumprir os requisitos da habilitação.
- Não é possível subcontratar a totalidade do contrato, do contrário estaria sendo fraudada a licitação.

DICA: Ser bem rigoroso com os requisitos da subcontratação em prova.

4. FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As formalidades estudadas são as seguintes:

a) Procedimento administrativo de Licitação;

b) Escrito em regra;

c) Publicação;

d) Instrumento do contrato;

4.1. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICITAÇÃO

OU **procedimento de justificação**, nos casos de dispensa ou inexigibilidade, conforme o art. 26 do Estatuto.

> *Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADAS, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)*
> *Parágrafo único. O PROCESSO de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
> *I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;*
> *II - razão da escolha do fornecedor ou executante;*
> *III - justificativa do preço.*
> *IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.*

DICA (procuradorias): atenção ao procedimento de justificação, no qual se deve mostrar/explicitar bem a justificação, é o que o TCU quer, é o que o TCU confere.

4.2. ESCRITO EM REGRA

Exceção: podem ser verbais os contratos de *pequenas compras de pronto pagamento*, no valor de até R$ **8.800,00**. Art. 60§único da 8666.

> *Art. 60, Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei (modalidade convite), feitas em regime de adiantamento (ou seja, 5% do valor do convite– para compras e serviços).*

4.3. PUBLICAÇÃO

O contrato deve ser publicado no prazo máximo de 20 dias, contados da assinatura, **não podendo ultrapassar o quinto dia útil do mês subsequent**e (art.61, parágrafo único) – intenção do legislador: "limpar gavetas", impedir contratos acumulados. É uma **condição de eficácia** do contrato. O que se publica aqui é o extrato do contrato, uma espécie de resumo.

> *Art. 61, Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que **é condição indispensável para sua eficácia**, será providenciada pela Administração **até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura**, **para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data**, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.*

A publicação também é condição para **início de produção de efeitos.** Para a entrega do contratado por exemplo.

4.4. INSTRUMENTO DO CONTRATO

Previsto no art. 62 do Estatuto. É o documento minucioso dos termos contratuais. É ***obrigatório*** quando se tratar de valor correspondente ***à concorrência e à tomada de preços,*** mesmo que a licitação não aconteça (o que importa é o valor). Nos demais casos o instrumento é FACULTATIVO, desde que seja possível realizá-lo de outra maneira (requisitos cumulativos), tais como carta-contrato, nota de empenho de despesas, autorização de compra ou ordem de serviço.

OBS: Esse art. 62 é recorrente em provas.

> *Art. 62. O instrumento de contrato é OBRIGATÓRIO nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e FACULTATIVO nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.*
> *§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.*
> *§ 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei (este artigo estabelece as cláusulas necessárias aos contratos administrativos, veremos abaixo).*
> *§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 (cláusulas necessárias) e 58 (cláusulas exorbitantes) a 61 (outras formalidades, como número do processo, por exemplo...) desta Lei e demais normas gerais, no que couber:*
> *I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;*
> *II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.*

§ 4º É dispensável o "TERMO DE CONTRATO" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

**E se há a dispensa e a inexigibilidade*? Deve ter obrigatoriamente, da mesma forma, se o valor for correspondente a concorrência/tomada de preços.

**Facultativo*: se não estiver no valor correspondência à concorrência/tomada de preço (convite), sendo possível realizá-lo de outra maneira, por exemplo, quando a relação for simples.

5. CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

5.1. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS (ART. 55)

5.1.1. Análise do art. 55

*Art. 55. São **cláusulas NECESSÁRIAS** em todo contrato as que estabeleçam:*
*I - o **objeto** e seus elementos característicos;*
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
*III - o **preço e as condições de pagamento**, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
*V - o **crédito pelo qual correrá a despesa**, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;*
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
VIII - os casos de rescisão;
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 (inexecução total ou parcial) desta Lei;
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A Empresa deve **manter** todos os requisitos da habilitação durante a execução do contrato (art. 55, inc. XIII). Descumprindo alguma delas estará inadimplente, dando causa à rescisão do contrato.

A administração, nestes casos, pode aplicar as sanções do art. 87 ou rescindir o contrato. Porém, segundo o STJ, não pode deixar de efetuar o pagamento pelo fato de o contratado estar irregular.

> *§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro,* ***deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual****, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei (caso em que o pagamento é feito com produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação...).*
> *§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (lei de normas gerais de direto financeiro, explica a liquidação).*

5.1.2. Quanto à cláusula necessária de garantia (art. 55, VI)

Garantia (art. 55, VI): A Administração não só pode como **deve** exigir garantias do contratado (***doutrina: poder-dever***), a fim de lastrear um eventual descumprimento contratual. Para compensar os prejuízos no caso de descumprimento. Art. 56:

> *Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório,* ***poderá ser exigida prestação de garantia*** *nas contratações de obras, serviços e compras.*
> *§ 1º* ***Caberá ao CONTRATADO optar*** *por uma das seguintes modalidades de garantia:*
> *I -* ***Caução em dinheiro OU em títulos da dívida pública****, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;*
> *II - Seguro-garantia;*
> *III - fiança bancária.*

Forma da garantia: A lei dá quatro alternativas:

Caução em dinheiro;

Título da dívida pública (TDP);

Fiança bancária;

Seguro-garantia, que nada mais é do que um contrato de seguro do contrato, vale dizer, um seguro que cobre um eventual inadimplemento. Quem escolhe a forma de garantia é o **contratado** e não o Poder Público.

> *§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo **não excederá a CINCO POR CENTO do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.*

Valor da garantia: No máximo 5% do valor do contrato. Excepcionalmente os contratos de grande vulto, de alta complexidade ou de riscos financeiros para a Administração, podem ter garantia fixada em **até 10% do valor do contrato.**

> *§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de **grande vulto envolvendo alta complexidade técnica** e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para **ATÉ DEZ POR CENTO do valor do contrato.***
> *§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.*
> *§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens*

5.1.3. Quanto à cláusula necessária de prazo do contrato (art. 55, IV)

Duração do contrato (art. 55, inc. IV): Todo contrato deve ter prazo determinado (art. 57). O prazo deve ser o do **crédito orçamentário**, ou seja, de **no máximo 12 meses,** que é o prazo da Lei Orçamentária Anual, que é o prazo do exercício financeiro. Essa é a regra.

Exceções:

Objeto do contrato estiver previsto no Plano Plurianual, o contrato poderá ter prazo de **até quatro anos** (PPA);

Serviço de prestação contínua. Se houver vantagem quanto ao preço para a administração, o prazo poderá ser de **até 60 meses,** excepcionalmente **poderá chegar até 72 meses**;

Programas e equipamentos de informática: poderá chegar a **48 meses**.

Vejamos tais exceções no art. 57:

Parêntese

PPA- decide o que se fará nos 4 anos.

LDO – o que será feito da PPA para cada ano dos quatro.

LOA- define os recursos para cada uma das metas.

Parêntese

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
> *I - Aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;*

O prazo pode ser maior se o objeto do contrato estiver previsto no Plano Plurianual (ver isso na CF: art. 165 e seguintes, LDO, LOA e PPA), que são as metas e ações previstas ao longo dos quatro anos de mandato. Nesses termos, o contrato pode ter prazo de **até quatro anos** (PPA). (não coincidentes com o mandato do presidente – os seus 03 últimos e um ano do próximo administrador)

> *II - À prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;*

Serviço de prestação contínua**:** Nesses casos pode ter duração de **até 60 meses**, desde que quanto maior o prazo, **melhor seja o preço.**

OBS: A lei diz que nesses casos, em caso de excepcional interesse público, é possível uma prorrogação por mais 12 meses. Exemplo: Coleta de lixo. A Regra é 60 meses, mas **pode chegar até 72** meses. Vide §4º.

> *III - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
> *IV - Ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.*

Aluguéis de programas e equipamentos de informática: **Limite de 48 meses**.

O §1º do artigo em comento refere as hipóteses de prorrogação de algumas etapas do contrato que não e confundem com o prazo de duração do próprio contrato.

> *§ 1º Os prazos de início de **etapas de execução**, **de conclusão** e **de entrega** **ADMITEM PRORROGAÇÃO**, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, **desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo**:*
> *I - Alteração do projeto ou especificações, pela Administração;*
> *II - **Superveniência de fato excepcional ou imprevisível**, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;*
> *III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;*
> *IV - Aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;*

> *V - Impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;*
> *VI - **Omissão ou atraso de providências a cargo da Administração**, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.*
> *§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.*
> *§ 3º É **vedado** o contrato com prazo de vigência **INDETERMINADO**.*
> *§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso **II do caput deste artigo** poderá ser prorrogado por **até doze meses** (60+12 = 72).*

OBS1: Quando se tratar de contrato de **concessão** e **permissão** de serviço, quem vai definir o prazo é a lei do serviço. Vai depender muito do investimento. Temos prazos de 10, 15, 20 anos.

OBS2: Se não há desembolso (pagamento) por parte da Administração não há necessidade de respeitar o limite de 12 meses, pois não há preocupação com o crédito orçamentário.

5.2. CLÁUSULAS EXORBITANTES (ART. 58)

5.2.1. Previsão legal e conceito

Também chamadas de "**cláusulas de privilégio**", são aquelas que extrapolam, exorbitam, ultrapassam os limites aceitáveis no âmbito dos contratos de Direito Privado. Essas cláusulas garantem à Administração algumas prerrogativas, dando a ela tratamento desigual.

As cláusulas estão explicitadas no art. 58 do diploma e são as seguintes:

a) **Alteração** unilateral do contrato (art. 58, I);

b) **Rescisão** unilateral do contrato (art. 58, II);

c) **Fiscalização** do contrato (art. 58, III);

d) Aplicação de **sanções** (art. 58, IV);

e) **Ocupação provisória** de bens (art. 58, V).

Senão, vejamos:

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
> *I - **MODIFICÁ-LOS, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

*II - **RESCINDI-LOS, unilateralmente**, nos casos especificados no inciso I do art. 79 (hipóteses) desta Lei;*
III - FISCALIZAR-LHES a execução;
*IV - **Aplicar SANÇÕES motivadas** pela inexecução total ou parcial do ajuste;*
*V - Nos casos de **serviços essenciais**, **OCUPAR PROVISORIAMENTE bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato**, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*
§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
§ 2º Na hipótese do inciso I (alteração unilateral do contrato) deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Vamos ao estudo pormenorizado de cada uma das cláusulas.

5.2.2. Art. 58, inciso I: Alteração unilateral do contrato (art. 65) – OBS: estudaremos aqui a alteração bilateral também por conveniência).

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
*I - **MODIFICÁ-LOS, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

1) *Alteração UNILATERAL do contrato pela Administração: modificação QUALITATIVA ou QUANTITATIVA (art. 65, inciso I)*

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I - Unilateralmente pela Administração:
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (alteração qualitativa)
*b) quando **necessária a modificação do valor contratual** em decorrência de **acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos limites permitidos por esta Lei; (alteração quantitativa)*
*§ 1º O contratado fica obrigado a 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**. → **Observe** que o limite é 25% para + ou – e o de 50% é somente para mais. Ou seja: pode diminuir somente até 25% neste último caso!*
§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:
I - (VETADO)
*II - As supressões **resultantes de acordo celebrado** entre os contratantes (acordado bilateralmente poderá haver extrapolação dos valores).*

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.
§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.
§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.
§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.
§ 7º (VETADO)
§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A mera possibilidade de alteração unilateral não configura cláusula exorbitante. A alteração unilateral pode ser feita pela Administração e deve ser suportada pelo particular. Entretanto, essa alteração é limitada pela Lei e deve ter como finalidade o interesse público, do contrário poderia ser utilizada como um meio de fraudar a licitação (desvio de finalidade). Conforme o art. 65 do Estatuto, a alteração unilateral pode ocorrer nos seguintes casos:

1º Caso (art. 65, inc. I, 'a'): quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; ***(alteração qualitativa)***

2º Caso (art. 65, inc. II, 'a'): quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; ***(alteração quantitativa).*** *Neste caso, a alteração do preço será de forma* ***indireta****, visto que a modificação qualitativa é a alteração* ***direta.***

Observações:

A alteração contratual não pode atingir a natureza do contrato (seria uma fraude à licitação);

Podem ser alteradas as especificações do projeto, para melhor adequação técnica aos seus objetivos **(alteração qualitativa)**. Exemplo1: Administração contrata construção de escola. Fica determinado no projeto que o piso será branco etc. Nada impede que durante a execução do contrato a Administração modifique a especificação do projeto, alterando a cor do piso, ou o material utilizado.

Exemplo2: Contrato para entrega de 100 canetas. Pode, depois de assinado o contrato, a Administração mudar o contrato para entrega de 75 canetas (não quer mais 100; só quer 75) **(alteração quantitativa)**. Trata-se de uma alteração quantitativa do objeto, que também altera o valor do contrato, ou seja, deve a Administração pagar por apenas 75 canetas.

Limites (art. 65, §1º e §2º)

Os limites para acréscimos ou supressões de obras, serviços ou compras são os seguintes:

A alteração QUANTITATIVA pode ser no limite de 25% (**para mais ou para menos**) do valor inicial pactuado.

A administração vai pagar pelo que efetivamente recebeu proporcionalmente ao valor inicialmente contratado, ou seja, não pode o contratado alterar o valor depois de a Administração decidir alterar o contrato.

Se for caso de supressão do objeto e a mercadoria já foi entregue, aí não cabe mais alteração, devendo a Administração pagar pela totalidade.

OBS: No caso de reformas (edifícios ou equipamentos) o valor do contrato pode ser **aumentado** em até 50%. **A possibilidade de supressão continua em 25%.**

2) ***Alteração BILATERAL – "por acordo das partes" (não são cláusulas exorbitantes, entretanto, pertinente à alteração contratual! Art. 65, II)***

Pode ocorrer diante das seguintes hipóteses:

a) Conveniência da substituição da garantia de execução;

b) Necessária modificação do regime de execução;

c) Necessária modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes;

d) Restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (aplicação da teoria da imprevisão);

Vejamos:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
> *...*
> *II - Por acordo das partes:*
> *a) quando conveniente a substituição da **garantia de execução**;*
> *Também é possível promover a **substituição da garantia**. Quem escolhe inicialmente a forma de prestar a garantia é o CONTRATADO, mas aqui é possível que a partes acordem pela sua alteração. Art. 65, II, 'a'.*

> *b) 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;*

É possível alteração bilateral do **regime de execução**, que são as regras de execução do contrato. Aqui, não se está atingindo o projeto; não há modificação do projeto. Aqui, se refere mais a prazos e metas de execução, não atingindo o projeto em si. Art. 65, II, 'b'.

> *c) 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;*

É possível que se altere a forma de pagamento (ia pagar em 10x, agora em 5x), no entanto não se permite que ocorra pagamento antes do recebimento (**primeiro se recebe a prestação para só depois pagar**). Art. 65, II, 'c'

> *d) 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.*

Alteração contratual buscando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato: Esse equilíbrio é a situação que se estabelece no momento da celebração do contrato, portanto só há que se falar em alteração contratual se a situação fática foi modificada (***teoria da imprevisão - cláusula rebus sic stantibus***). Art. 65, II, 'd'. Aplica-se a Teoria da Imprevisão quando:

Surge um fato novo imprevisto (não escrito no contrato) e imprevisível;

Onerosidade excessiva para uma das partes;

OBS1: A alteração remuneratória na teoria da imprevisão é chamada de ***RECOMPOSIÇÃO DE PREÇOS ("revisão").*** Quando a alteração dos preços é prevista no contrato, trata-se do chamado ***REAJUSTAMENTO DE PREÇOS ("reajuste").***

OBS2: A Teoria da imprevisão tem como aplicação inicial a revisão contratual, a fim de restabelecer o equilíbrio financeiro. Entretanto, em não sendo possível uma revisão eficaz, deve-se proceder à rescisão do contrato.

OBS: JSCF - há diferença de **reajuste** para **revisão** do contrato, devido ao desequilíbrio econômico financeiro. Ambos são previstos na lei, **reajuste** é a previsão contratual para correção monetária, devido a regime inflacionário. **Revisão** independe de previsão expressa e decorre da existência de fato superveniente que causa o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Hipóteses de aplicação da Teoria da Imprevisão:

Fato do príncipe

É aquela atu**ação estatal GERAL e ABSTRATA que vai atingir o contrato de forma indireta ou reflexa.** Exemplo: Alteração da alíquota de um imposto. A Administração contrata com empresa de coleta de lixo que paga o ISS. Passado um tempo, o Município altera a alíquota do ISS, o que, de forma reflexa, acaba por atingir o contrato. Alteração da alíquota é feita por lei, logo é geral e abstrata.

Fato da Administração

É aquela **atuação estatal ESPECÍFICA que vai atingir o contrato de forma direta**. Ex: Contrato de construção de viaduto. No entanto, era necessário que uma área fosse desapropriada. A negativa de desapropriação (atuação específica na situação concreta) acaba por atingir diretamente a construção da obra, impossibilitando-a.

Interferências imprevistas

Situações que já existem ao tempo da celebração do contrato, mas que só podem ser descobertas quando da sua execução, tornando a execução dificultada ou excessivamente onerosa. Ex: Contrato de construção de edifício. Quando a empresa começa a construir, percebe diversidades estruturais no solo (situação que já existia, mas não era identificada), o que dificultaria sobremaneira a construção.

Caso fortuito/força maior

Eventos imprevisíveis e/ou inevitáveis que dificultam a execução ou a tornam excessivamente onerosa. Se a revisão contratual não for suficiente para possibilitar sua execução, proceder-se-á à rescisão, cabendo aqui indenização ao contratado pelos prejuízos sofridos se não agiu com dolo ou culpa.

Atenção:

É possível supressão do valor do contrato superior ao limite de 25% previsto quando a alteração é bilateral. Art. 65, §2º, II.

> *Art. 65*
> *§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior (refere-se ao §1º que trata dos limites de 25% e 50% e tal), salvo:*
> *I - (VETADO)*
> *II - As supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.*

5.2.3. Art. 58, inciso II: Rescisão unilateral do contrato (hipóteses no art. 78 I a XII e XVII)

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta **Lei confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa de**:*
> *II - Rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
I - Determinada por ato UNILATERAL e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior (trata do art. 78);
II - Amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III - judicial, nos termos da legislação;

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
*I - O **não cumprimento de cláusulas contratuais**, especificações, projetos ou prazos;*
*II - **O cumprimento irregular** de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;*
*III - **a lentidão do seu cumprimento**, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;*
IV - O atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
*V - **A paralisação da obra,** do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;*
*VI - A **subcontratação** total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato**;*
*VII - o **desatendimento das determinações regulares da autoridade** designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;*
*VIII - **o cometimento reiterado de faltas na sua execução**, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; (registro próprio das ocorrências relacionadas à execução do contrato)*
IX - A decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
X - A dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
***XI - a alteração social ou a modificação da finalidade** ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;*
*XII - **razões de interesse público**, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela **máxima autoridade da esfera administrativa** a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;*
*XVII - a **ocorrência de caso fortuito ou de força maior**, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.*

As hipóteses que possibilitam a rescisão unilateral se referem ao descumprimento do contrato pelo particular e a razões de interesse público ou força maior. Quando há culpa do contratado pela rescisão, pode ser compelido a indenizar os prejuízos; quando se trata das razões de interesse público e força maior que impossibilitam a execução do contrato, deve a Administração indenizar o contratado pelos eventuais prejuízos sofridos. Vale lembrar a **rescisão contratual pressupõe um prévio processo administrativo, garantido ao contratado o contraditório e a ampla defesa**.

OBS1: Percebe-se que o caso fortuito e a força maior dão causa tanto à rescisão unilateral (pela Administração) quanto à amigável ou judicial (motivada pelo contratado). Em todos os casos, em havendo prejuízo ao particular, fará jus a indenização.

5.2.4. Art. 58, inc. III: Fiscalização do contrato pela Administração (art. 67)

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
III - FISCALIZAR-LHES a execução;
*É um poder-dever. A Administração tem a obrigação de cuidar do contrato, como fiscal do interesse público. Mas não é por isso que o contratado deixa de responder por atos culposos ou dolosos que causarem danos à Administração ou terceiros. Somente quanto às dívidas previdenciárias decorrentes do contrato é que a Administração tem responsabilidade (**solidária**, conforme art. 71, §2º do Estatuto).*

*Art. 67. A execução do **contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado**, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*
§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.
§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, PREVIDENCIÁRIOS, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
*§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais NÃO TRANSFERE À Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. **
*§ 2o A Administração Pública responde SOLIDARIAMENTE com o contratado pelos encargos PREVIDENCIÁRIOS resultantes da execução do contrato, nos termos do **art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**.*

5.2.5. Art. 58, inc. IV: Aplicação de sanções pela Administração (art. 87)

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, **a prerrogativa** de:*
*IV - **Aplicar SANÇÕES motivadas** pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

São penalidades possíveis: Advertência, multa, suspensão de contratar (até dois anos) e declaração de inidoneidade (tempo indeterminado, até a reabilitação). A aplicação das penalidades é discricionária, de acordo com a gravidade do ato praticado. A multa vai depender da previsão do contrato.

A **suspensão de contratar** atinge apenas aos contratos com o ente político que aplicou a sanção. Ex: Pena aplicada pelo Município de Rio Grande impede a contratação apenas com Rio Grande.

A **declaração de inidoneidade** reflete um impedimento de contratação com **todos os entes** da Administração. Esse impedimento perdura até o momento em que a empresa se reabilite. Para reabilitar-se é necessário o preenchimento do prazo de dois anos e do pagamento de indenização pelos prejuízos (**requisitos cumulativos= 2 anos + indenização**).

A doutrina entende que a declaração de inidoneidade, por ser tão grave, deve ser aplicada somente nos casos de **crimes** na licitação.

OBS: JSCF entende que as punições de suspensão e declaração de inidoneidade devem ter uma **interpretação extensiva**, no sentido de se aplicarem a todos os entes da administração. Todavia, diz que proferem efeito **ex nunc,** ou seja, o contrato não é rescindido automaticamente, podendo o contratado finalizar os contratos em andamento.

Lembrando que no Direito Administrativo não há o tipo primário e em seguida o tipo secundário (pena) taxativamente, aqui as punições são definidas e fica a critério do administrador averiguar a mais adequada para determinada conduta.

5.2.6. Art. 58, inc. V: Ocupação provisória dos bens pela Administração

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei **confere à Administração**, em relação a eles, a **prerrogativa de**:*
> *V - Nos casos de **serviços essenciais, OCUPAR PROVISORIAMENTE bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato**, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*

A administração resolve retomar o serviço e não tem bens suficientes para manutenção do serviço, ela poderá ocupar provisoriamente os bens da contratada (atendendo ao ***princípio da continuidade***).

Acontece enquanto estiver em andamento o processo administrativo para rescisão de contrato.

OBS: para rescindir, ela deve dar a empresa o **contraditório e a ampla defesa.**

Vamos imaginar que encerrado o processo, a administração decida mesmo pela rescisão. Os bens que eram ocupados provisoriamente (o caminhão que a administração usava para coleta do lixo...por exemplo) poderão ser ADQUIRIDOS pela administração através do instituto da "***REVERSÃO*".**

A **indenização** é possível tanto na **ocupação** quanto na **reversão**. Mas depende da previsão contratual, do que está escrito no contrato. Se a empresa causou prejuízo, a administração pode compensar.

OBS: só serão passíveis de reversão os bens indispensáveis para a continuidade do serviço. (aquele escritório chique poderá ser objeto da reversão? Depende...somente se ele for indispensável).

5.3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Trata-se da cláusula presente nos contratos onerosos de Direito Privado que permite a qualquer dos contraentes suspender a execução de sua parte no contrato enquanto a outra parte não cumpre sua obrigação.

A doutrina clássica de Hely não admitia o uso dessa defesa pelos particulares quando do descumprimento contratual da Administração, sob o argumento de afronta ao princípio da continuidade do serviço público.

Essa ideia foi superada pela Doutrina moderna de Celso Antônio (JSCF concorda), que corretamente assevera que não são todos os contratos administrativos que se referem a serviços públicos.

Assim, hoje se admite a invocação da exceptio, mas de forma mitigada e desde que o contrato não se refira a prestação de serviço público (há quem não faça essa ressalva do serviço público).

Conforme o art. 78, XV do Estatuto, mesmo que a Administração esteja inadimplente, o contratado é obrigado a prestar o serviço pelo prazo de até 90 dias. Vencidos os 90 dias a empresa pode suspender a prestação do serviço, ou até mesmo exigir a rescisão contratual por culpa da Administração, exigindo indenização. Ou seja, aplica-se a cláusula da exceção do contrato não cumprido apenas depois de decorrido o prazo de 90 dias da inadimplência da Administração (ver acima).

A *Exceptio non adimpleti contractus* não se trata de cláusula exorbitante, uma vez que também é prevista nos contratos comuns. Hely dizia que essa cláusula não se aplicava aos contratos administrativos, e considerava a sua ausência uma cláusula exorbitante dos contratos administrativos.

> ***Art. 78****. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
> *XV - **o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração** decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, **assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação**;*

OBS1: Há quem defenda que, em casos excepcionais, deva-se admitir a exceção ou até mesmo a rescisão contratual antes desse lapso temporal, **via ação com tutela cautelar** (José dos Santos).

OBS2: A exceptio sempre pode ser invocada PELA ADMINISTRAÇÃO, quando do descumprimento contratual por parte do contratado.

6. EXTINÇÃO CONTRATUAL

Pode ser por:

a) Conclusão do objeto;

b) Advento do termo contratual;

c) “Rescisão”;

d) Anulação.

6.1. CONCLUSÃO DO OBJETO

É a via normal. Exemplo: Término da construção contratada.

6.2. ADVENTO DO TERMO CONTRATUAL

Quando o prazo do contrato vence.

6.3. “RESCISÃO”

Cinco hipóteses:

a) Rescisão administrativa;

b) Rescisão judicial;

c) Rescisão amigável ou consensual;

d) Rescisão de pleno direito;

e) Rescisão por arbitragem.

Vejamos:

6.3.1. Rescisão administrativa (unilateral)

Feita de forma unilateral pela Administração. Pode ser feita em razão de **interesse público** ou por **motivos de força maior** que impossibilitem a execução do contrato, caso no qual deverá ser indenizado o contratado dos eventuais prejuízos sofridos.

No contrato de **CONCESSÃO**, essa rescisão se chama ***“ENCAMPAÇÃO”.***

Também é possível a rescisão unilateral por **descumprimento de cláusula contratual** pelo contratado. Nesse caso, cabe ao contratado pagar indenização.

No contrato de **CONCESSÃO**, essa extinção se chama ***“CADUCIDADE”.***

6.3.2. Rescisão judicial

Ocorre quando o CONTRATADO não mais quer o contrato**, e como não pode rescindir de forma unilateral, deve ir à via judicial.** É comum quando a inexecução do contrato se baseia na teoria da imprevisão e quando a Administração não realiza a rescisão amigável.

6.3.3. Rescisão amigável ou consensual

Quando as partes decidem pôr, mediante acordo, termo ao contrato.

6.3.4. Rescisão de pleno direito

Aquela que decorre de circunstâncias estranhas à vontade das partes. Exemplo: morte, incapacidade civil etc.

6.3.5. Rescisão por arbitragem

Admite-se a arbitragem para solução de conflitos.

6.4. ANULAÇÃO

Ocorre quando existe ilegalidade no contrato ou mesmo no procedimento que o antecedeu (licitatório ou de justificação). A anulação opera efeitos ***EX TUNC***, devendo, no entanto, serem ressarcidos eventuais prejuízos do contratado, desde que não tenha dado causa ao vício que inquinou o contrato.

SERVIÇOS PÚBLICOS

Pontos mais importantes: classificação de serviços e delegação de serviços.

A definição de um serviço como público depende do contexto social. Ex: Serviço de bonde, que hoje nem mais existe. O serviço para ser público precisa representar uma necessidade coletiva, não basta necessidade de um grupo apenas. Não há uma lista taxativa, deve-se avaliar o momento histórico.

1. CONCEITO

Serviço público é toda UTILIDADE ou COMODIDADE material satisfativa do interesse da coletividade em geral, que são prestados direta ou indiretamente pelo Estado, sob o Regime de direito Público ou parcialmente público.

Apesar de ser prestado à comunidade em geral, cada pessoa o utiliza à sua maneira, ou seja, o serviço público é fruível singularmente.

É um serviço que o Estado assume como um dever próprio, mas não presta necessariamente por seus próprios meios, vale dizer, o Estado assume como seu dever, mas pode prestar tanto de forma direta quanto indireta (delegação).

Esse serviço tem o regime jurídico de Direito Público, no entanto, nos casos em que a prestação é transferida ao particular (prestação indireta) o regime passa a ser parcialmente público.

2. PRINCÍPIOS QUE REGEM O SERVIÇO PÚBLICO (OU REQUISITOS)

OBS1: Todos os princípios que regem a Administração também se aplicam aos serviços públicos.

OBS2: Cada autor tem uma lista de princípios. Ficamos com a lista do art. 6º da Lei 8.987/95 (leitura obrigatória – lei conceitual), que conceitua o chamado serviço público adequado.

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 6º Toda concessão ou permissão **pressupõe a prestação de serviço ADEQUADO** ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*
> *§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de **regularidade**, **continuidade**, **eficiência**, **segurança**, **atualidade**, **generalidade**, **cortesia** na sua prestação e **modicidade** das tarifas.*
> *§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.*

Temos o seguinte:

1. Princípio da eficiência;
2. Princípio da impessoalidade: ausência de subjetividade.
3. Princípio da continuidade: Devem ser prestados de forma ininterrupta.
4. Princípio da segurança: O serviço público não pode pôr em risco a vida, a saúde e segurança do administrado. OBS: A segurança na aviação civil já é discutível.
5. Princípio da generalidade: O serviço precisa ser prestado erga omnes; à coletividade em geral. OBS: Esse princípio não é aplicado na prática, basta ver os serviços de atendimento médico e escolar, que não atingem a todos.
6. Princípio da modicidade: O serviço deve ser o mais barato possível.
7. Princípio da atualidade: O serviço deve ser prestado de acordo com o estado da técnica, ou seja, de acordo com as técnicas mais modernas.
8. Princípio da cortesia (prova): O servidor deve ser cortês, atencioso; deve atender com urbanidade, com educação.

3. CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As duas que mais aparecem em provas:

3.1. QUANTO À DELEGABILIDADE (PARA HELY – "ESSENCIALIDADE"): SERVIÇOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

3.1.1. Serviço próprio (serviço propriamente estatal)

É o serviço que deve ser prestado diretamente pelo Estado (indelegável), que, na época de Hely, correspondiam aos serviços essenciais. Exemplo: **segurança pública**.

3.1.2. Serviço impróprio (serviço de utilidade pública):

São os serviços delegáveis, que à época de Hely, correspondiam aos secundários, não essenciais. Exemplo: **telefonia**.

Essa classificação, elaborada por Hely Lopes Meirelles, era ideal antes da política nacional da desestatização. Hoje é muito criticada. Não se encaixaria mais, pois muitos serviços considerados 'essenciais', foram delegados.

Atualmente, a delegabilidade e a essencialidade dos serviços não se anulam, pois, a partir de 1995, com as políticas de desestatização, passou-se a admitir que **serviços essenciais** fossem prestados de forma INDIRETA pelo Estado.

OBS1: Carvalho Filho (JSCF) critica tanto a nomenclatura de próprio e impróprio (**classificação imprecisa**) quanto a de essencial e não essencial (**muito subjetiva: essencial para uma pessoa pode não ser para outra**). Carvalho Filho classifica-os em delegáveis e indelegáveis, apontando ser a classificação bem parecida com a de próprios e impróprios feita por Hely.

OBS2: Di Pietro usa essa nomenclatura 'próprio e impróprio' para outra classificação.

Lembrando ainda da modificação de "essencialidade" quanto ao tempo, algo que era 'essencial' antes, hoje pode não ser mais.

3.2. QUANTO AOS DESTINATÁRIOS DO SERVIÇO: SERVIÇOS GERAIS E INDIVIDUAIS.

3.2.1. Serviços gerais (ou coletivos)

Aqueles prestados à coletividade em geral. É o serviço em que não se pode medir ou calcular o quanto é usado por cada particular (é indivisível). Ex: Segurança pública. O custeio desses é feito através da receita geral do Estado, que advém, basicamente, da arrecadação de impostos. Não podem ser cobrados por taxa (tributo vinculado).

***TIP:** Taxa de Iluminação Pública. Não se pode cobrar taxa pelo serviço geral, afinal a taxa é um tributo **vinculado** a uma contraprestação estatal, é cobrado aquilo que for prestado pelo estado. Como a iluminação pública (postes), não pode ser medida quanto ao uso, não pode ser cobrada por taxa. A TIP foi declarada **inconstitucional.**

***COSIP:** Contribuição de Iluminação Pública. Veio substituir por EC, a TIP, devido sua declaração de inconstitucionalidade.

"Taxa de bombeiro": É presente junto ao IPTU. Não dá para medir e calcular o uso desse serviço. Portanto trata-se de serviço geral, indivisível. Por isso, não é constitucional essa cobrança por meio de taxa. Os serviços indivisíveis devem ser mantidos pela receita geral.

"Taxa do buraco": É cobrada para tapar os buracos da cidade, junto ao IPVA. Também não tem como ser de natureza divisível.

3.2.2. Serviços individuais (ou específicos/divisíveis/singulares)

Aqueles que têm destinatário determinado, em que é possível medir e calcular o quanto é usado por cada destinatário. Exemplo: energia elétrica domiciliar; telefonia. Os serviços individuais subdividem-se em compulsórios e facultativos:

Serviços individuais ***COMPULSÓRIOS***: São os serviços ditos essenciais, mais importantes (exemplo: saneamento básico, taxa de coleta de lixo, taxa de fornecimento de gás). São pagos por meio de **taxas**, que é uma espécie de tributo vinculado a uma contraprestação estatal. O serviço compulsório é pago pelo simples ato de estar à sua **disposição**. É a chamada taxa mínima pelo **uso potencial**. Ou seja, independe de uso efetivo.

OBS: Há entes que cobram taxas mínimas por serviços que não são disponíveis. Flagrante ilegalidade. Só deve-se pagar por um serviço que está a nossa disposição.

Serviços individuais ***FACULTATIVOS***: São aqueles que somente são pagos quando **efetivamente utilizados.** O pagamento se dá por meio de **tarifa.** São os casos dos serviços prestados pelos particulares. A tarifa não tem natureza tributária; trata-se de preço público. Logo não obedece ao regramento tributário (legalidade, anterioridade etc.). Ocorre com as **concessionárias** e **permissionárias**.

Como definir se o serviço é COMPULSÓRIO ou FACULTATIVO? Até a doutrina tem dúvida. A única certeza é que o compulsório é pago por taxa; facultativo por tarifa.

E o PEDÁGIO?

STF:

> **O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias NÃO tem natureza tributária, mas de preço público, consequentemente, não está sujeito ao princípio da legalidade estrita.**
> STF. Plenário. ADI 800/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/6/2014 (Info 750).

4. DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS

Leituras obrigatórias (**em especial procuradorias**): CF/88, art. 175; Lei 8.987/95, Lei 11.079/04 (Lei das PPP's).

> *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 delegação é uma das formas de **descentralização** de serviço: aquela em que o ente administrativo transfere apenas a execução de um serviço, mantendo para a si a sua titularidade. Estudaremos agora as formas de delegação em que o Estado transfere a execução do serviço público aos particulares, através dos institutos da concessão, autorização e permissão de serviços públicos.

Diz-se que através dessas formas de delegação (concessão, autorização e permissão), ***o Estado presta o serviço de FORMA INDIRETA***, ou seja, a prestação não é feita nem pela Administração direta, nem pela Administração indireta.

4.2. DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL

Temos as seguintes hipóteses, conforme a CF:

Serviços públicos que o Estado tem a obrigação de promover (o serviço tem que ocorrer), mas deve prestar, **OBRIGATORIAMENTE**, **de forma INDIRETA**. O Estado tem a obrigação de delegar a prestação ("outorgar" no texto da CF). Exemplo: Serviço de rádio e de TV, que devem ser obrigatoriamente transferidos, a fim de **legitimar a liberdade de informação**.

Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar **DIRETAMENTE**, mas o **PARTICULAR TAMBÉM** pode fazê-lo. Essa possibilidade de o particular prestar advém diretamente da Constituição, por isso prescinde de qualquer contrato com a Administração. Aqui não há transferência da titularidade do serviço, não há delegação, não há contrato, não há vínculo com o Estado. Há no máximo fiscalização. Exemplos: **Ensino e saúde**.

Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar **DIRETAMENTE** e com **EXCLUSIVIDADE** (não pode haver delegação). Exemplo: **serviço postal** (que na prática não acontece – ver acima ADPF 46); Segurança pública, defesa nacional.

Serviços que o Estado tem a obrigação de promover, mas a prestação pode ser tanto **DIRETA** quanto **INDIRETA**. Exemplo: transporte coletivo, telefonia. Enfim, a maioria dos serviços atualmente. Ou o Estado presta diretamente, ou ele transfere a prestação.

A partir de agora estudaremos apenas esse **último caso**, mais especificamente os serviços prestados pelo Estado de forma indireta, ou seja, em que o Estado não faz por suas próprias mãos, mas transfere a prestação do serviço ao particular. É uma hipótese de descentralização, na espécie delegação (ver acima). Outorga já estudamos: aquela que transfere o serviço para administração indireta de direito público, delegação por lei já estudamos também: aquela que transfere o serviço para Administração indireta de direito privado. Agora falta estudarmos delegação por contrato e por ato administrativo (transferência para particular).

5. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

5.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS

OBS1: Verificar se a questão se trata de concessão de serviço público ou concessão de uso de bem público.

OBS2: a Lei 8.987/95 definiu concessão e permissão de serviço (lei geral). Em 2004 criam-se as Parcerias público-privadas, criadas com natureza jurídica de concessão de serviço. Assim, dividiram-se as concessões em:

a) Concessões comuns (Lei 8.987/95)

b) Concessões especiais (Lei 11.079/2004 - PPP's).

A concessão especial tem algumas peculiaridades em relação à concessão comum. No mais se aplica a ela a regra geral da Lei 8.987/95.

Lei 8.987/95

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.
Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
*I - **Poder concedente**: 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;*
*II - **Concessão de serviço público**: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de CONCORRÊNCIA, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*
*III - **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de CONCORRÊNCIA, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;*
*IV - **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.*

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

5.2. CONCESSÃO COMUM (LEI 8987/95)

5.2.1. Regras gerais

Trata-se de uma delegação de serviço público, ou seja, transferência somente da EXECUÇÃO do serviço (transferência da titularidade ocorre por outorga e somente para pessoas da administração indireta de direito público).

Há dois tipos: concessão de serviço público e concessão de serviço público precedido de obra.

O segundo caso, "precedido por obra", deve-se entender que a obra não pode ser tecnicamente 'concedida', o que o estado concede é a atividade, ou seja, o **serviço**, para tanto autoriza o concessionário a executar a obra previamente. Neste ponto, se distingue dos contratos administrativos de obra em geral, pelo fato de que o concedente não remunera o concessionário pela execução (diferente daqueles), o concedente transfere a exploração, por determinado tempo ao concessionário, sendo este remunerado com a tarifa que é cobrada (tecnicamente seria um pacto de construção + um pacto de serviço). Veja que não precisa necessariamente ser **precedida**, a obra pode ser **simultânea**, exemplo: ***concessionárias de pedágios.***

Quem delega o serviço é chamado de **poder concedente**. Trata-se do ente político que tem a titularidade do serviço na sua órbita de competência.

Quem recebe a delegação do serviço é o particular, que pode ser apenas **pessoa jurídica** ou consórcio de empresas. Não há possibilidade de concessão de serviço a pessoas físicas (permissão há).

Consórcio de empresas: Trata-se de um grupo de empresas, que vem a participar de uma licitação (exemplo: grupo controlador de empresas de telefonia: oi, vivo, Telemar etc.).

A concessão é formalizada através de um **CONTRATO ADMINISTRATIVO**. Uma das espécies de contratos administrativos é exatamente o contrato de concessão de serviço público.

5.2.2. Precedência de licitação

A celebração de contrato administrativo deve, em regra, ser precedida de licitação. Com o contrato de concessão não é diferente, prevendo inclusive o Estatuto geral que seja realizada a licitação na modalidade ***CONCORRÊNCIA*** (ver acima). Entretanto, não se aplica a essa licitação as regras gerais do Estatuto de licitações e contratos, uma vez que essa concorrência possui peculiaridades, tais como critérios próprios de seleção (tipos próprios, por exemplo: menor tarifa), POSSIBILIDADE de procedimento invertido (tal qual o pregão – ver acima) e lances verbais. Percebe-se que essa concorrência se aproxima muito do pregão. O art. 14 e seguintes da Lei 8.987 estabelecem essas peculiaridades.

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 14. 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.*

Vale lembrar que nem sempre se utiliza a modalidade concorrência: quando o serviço estiver previsto no programa nacional de desestatização (**PND**) a modalidade PODE ser **LEILÃO** (ver acima). É o exemplo da telefonia, que foi concedida por leilão.

O art. 15 da Lei 8.987/95 estabelece os critérios de julgamento das licitações relativas à concessão de serviço. Deve ser observado um dos seguintes:

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 15. 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 (aqui é em um sentido amplo... devo saber que se trata de uma delegação) da concessão;*
> *III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I (menor tarifa), II (maior oferta) e VII (melhor oferta de pagamento pela outorga após a qualificação de propostas técnicas);*
> *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.*
> *§ 1o A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.*
> *§ 2o Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.*
> *§ 3o O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.*
> *§ 4o Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.*

5.2.3. Exigência de lei autorizadora

Para que a Administração possa fazer concessão de serviços (permissão também) é imprescindível a edição de lei **AUTORIZANDO** essa delegação, ressalvados os casos de saneamento básico e limpeza urbana (Lei 9.074/95, art. 2º).

> *Lei 9074/95*
> *Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos,* ***dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nós já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995.***

Normalmente quando a lei disciplina determinado serviço, já traz em seu conteúdo previsão da possibilidade de a concessão assim como o prazo máximo pelo qual pode ser delegado o serviço (prazo de duração do contrato, lei específica do serviço - ver acima).

Não esquecer: O contrato de concessão, tal como **qualquer contrato administrativo**, deve possuir prazo determinado.

5.2.4. Serviços que não dependem de concessão (serviços de transporte)

Conforme o art. 2º, §3º da Lei 9.074/95 (Lei de prorrogação de prazo de concessões), independe de concessão ou permissão o transporte:

> *Lei 9074/95 Art. 2º*
> *§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei no 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.*
> *§ 2º Independe de concessão, permissão ou autorização o TRANSPORTE DE CARGAS pelos meios RODOVIÁRIO e AQUAVIÁRIO.*
> *§ 3º Independe de concessão ou permissão o transporte:*
> *I - **Aquaviário, de passageiros**, que não seja realizado entre portos organizados;*
> *II - **Rodoviário e aquaviário de pessoas**, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;*
> *III - de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.*

5.2.5. Intervenção na concessão

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 32. 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.*
> *Parágrafo único. 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.*
> *...*
> *Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, **no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo** para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.*
> *§ 1o Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.*
> *§ 2o O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo **deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias,** sob pena de considerar-se inválida a intervenção.*
>
> *Art. 34. 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.*

5.2.6. Remuneração da concessão

Ocorre basicamente por meio de TARIFA de usuário (espécie de preço público). É o meio de arrecadação das empresas concessionárias.

OBS: É tarifa, pois se trata de serviço individualizado.

E quem define o valor, data de reajuste, índice de reajuste, enfim, as regras referentes às tarifas? Essa política tarifária é estabelecida pela Administração no momento da licitação. A empresa simplesmente cumpre aquilo que foi estabelecido no procedimento licitatório.

E o princípio da modicidade? Para aplicar esse princípio, a lei dispõe que, além da tarifa, o contrato pode prever outras formas de remuneração (remunerações ou receitas alternativas). Exemplo: propagandas em ônibus são receitas alternativas (previstas em contrato), que tem o fito de abater o preço das tarifas, buscando a modicidade.

A lei prevê ainda que o Estado pode bancar uma parcela da remuneração, a fim de baratear a tarifa do usuário. No entanto, devemos frisar: essa utilização de recursos públicos na busca da modicidade é ***facultativa*** nos contratos de concessão comum (ao contrário da concessão especial, em que a participação de receita pública é ***obrigatória***).

5.2.7. Responsabilidade civil na concessão

> *CF Art. 37*
> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Ex: Contrato do Estado com empresa para fornecimento de merenda. Trata-se de contrato ***simples – de prestação de serviço*** (art. 6º da Lei 8.666). Não se trata de contrato de concessão de serviço público. A criança come a merenda estragada e morre. De quem é a responsabilidade? Deve reclamar da Escola, que é do Estado, ou seja, a ação deve ser ajuizada perante o Estado, que pode vir a cobrar em regresso da empresa. **O vínculo da criança é com o Estado e não com a empresa.**

Ex2: Contrato de construção de escola. Contrato de obra do art. 6º. Cai uma barra de ferro que mata uma criança. A construção é do Estado, o vínculo é com o Estado. Logo, reclama-se do Estado.

Esses dois são os chamados contratos simples. Nos contratos de concessão é diferente.

Ex3: Estado celebra contrato de concessão com a empresa de telefonia. Se o usuário tem algum problema com a prestação do serviço, o usuário deve reclamar da empresa diretamente. **O vínculo jurídico aqui se forma entre empresa e usuário.** O Estado é mero regulador e fiscalizador do serviço.

Ou seja, se o contrato é SIMPLES, a empresa faz o serviço por conta e risco do Estado. A empresa só responde em regresso. Já nos contratos de CONCESSÃO***,*** a empresa presta o serviço por sua conta e risco.

Essa responsabilidade da pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público está sujeita ao art. 37, §6º da CF? Com certeza. Ou seja, a responsabilidade civil é, ***em regra, OBJETIVA.***

> *CF Art. 37*
> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Hoje, seja usuário **ou não**, a responsabilidade é em regra, **objetiva.**

Vale lembrar que o Estado tem responsabilidade ***SUBSIDIÁRIA***. Se a empresa não tem recursos para pagar, o Estado deve honrar a dívida.

José Carvalho Filho: Pode o Estado ser obrigado a ressarcir o concessionário em ação de regresso no que tange à indenização que este tiver de pagar a terceiro, quando o dano por ele causado tiver sido também provocado por falta de fiscalização estatal, o que configuraria, em tese, uma culpa concorrente.

5.2.8. Extinção da concessão (leia-se: extinção do contrato administrativo de concessão de serviço)

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 35. Extingue-se a concessão por:*
> *I - Advento do termo contratual;*
> *II - Encampação (já referi, trata-se da retomada do serviço pela administração por conta de interesse público, é unilateral); Gera indenização.*
> *III – caducidade (também já referi, trata-se da retomada do serviço por conta da violação das cláusulas do contrato, é unilateral); não gera indenização (salvo em relação aos bens reversíveis), mas tem direito ao contraditório e à ampla defesa.*
> *IV - Rescisão;*
> *V - Anulação; e*
> *VI - Falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.*
> *§ 1º 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.*
> *§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.*
> *§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.*
> *§4º Nos casos previstos nos incisos I (advento do termo) e II (encampação) deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.*

> *Art. 36. 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.*

OBS: Não existem concessões ou permissões com prazo indeterminado. Extinta a concessão retorna à Administração a execução do serviço assim como todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário na forma do edital e contrato.

Advento do termo contratual: Ocorre quando o contrato chega ao seu termo final. Ocorre de pleno direito, sem qualquer necessidade de aviso ou notificação. Tem efeitos **ex nunc**.

OBS: Aqui não se fala em conclusão do objeto, pois não há uma obra. Trata-se de serviço.

Rescisão contratual:

II.1) *Unilateral (**encampação** e **caducidade**):* O poder público pode rescindir o contrato por razões de interesse público supervenientes. Tal forma de rescisão recebe o nome de ***"ENCAMPAÇÃO"***, conforme previsão do art. 37 da Lei de concessões. É necessário, para tanto, **autorização legislativa** (edição de lei específica - que também é necessária na criação da concessão) além de **prévio pagamento de indenização** relativa aos investimentos realizados pelo particular sobre os bens reversíveis.

> *Lei 8.987/95 Art. 37. Considera-se **ENCAMPAÇÃO** a retomada do serviço pelo poder concedente **durante o prazo da concessão**, por **motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica** e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.*

O poder público também pode rescindir unilateralmente o contrato devido a descumprimento de cláusula contratual por parte do contratado. Essa rescisão é chamada pela Lei de ***"CADUCIDADE"*.** Deve ser precedida de **processo administrativo** possibilitando-se o contraditório e a ampla defesa. É concretizada por decreto do Chefe do executivo. Aqui, também deve ser paga indenização ao particular relativa aos investimentos realizados nos bens reversíveis. No entanto, dessa indenização (**que não precisa ser prévia**) devem ser abatidos as eventuais multas cobradas pela Administração, assim como os prejuízos causados pelo descumprimento contratual.

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.*
> *§ 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 à regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.*
§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.
§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.
§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.
§ 6º 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.

Ler art. 36 e seguintes da Lei 8.987/95.

Ver se não há possibilidade de rescisão por caso fortuito e força maior. Entra nas razões de interesse público, devendo o particular ser indenizado pelos prejuízos.

II.2) *Judicial*: É chamada somente de rescisão pela Lei de concessões. É a forma de extinção do contrato de iniciativa do concessionário, motivada por descumprimento de cláusula contratual por parte do poder concedente. Vale lembrar que somente depois do trânsito em julgado da sentença que julgar procedente o pedido de rescisão contratual a concessionária poderá parar de executar o serviço (Princípio da continuidade do serviço público), vale dizer, não se admite a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* como forma de parar a execução do serviço público.

Carvalho Filho (novamente) lembra ser possível ao concessionário ingressar com ação cautelar a fim de suspender a execução do serviço, quando, em não fazendo puder a situação levar a ruína o concessionário.

II.3) Amigável

II.4) *Rescisão de pleno direito (expressão doutrinária)*: Falência ou extinção da pessoa jurídica; falecimento ou incapacidade civil do titular de empresa individual.

Anulação: Quando o contrato ou licitação forem ilegais.

5.2.9. Subconcessão e troca do controle acionário da concessionária

Como já visto acima, os contratos administrativos são de caráter personalíssimo. Entretanto, mitigando essa regra, permite-se de forma excepcional a subcontratação, DESDE QUE haja previsão no edital ou no contrato, além de autorização da Administração.

Quanto à subconcessão, exige-se ainda uma peculiaridade: deve ser precedida de CONCORRÊNCIA.

> *Lei 8.987/95*
> *Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.*
> *§ 1o Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:*
> *I - Atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e*
> *II - Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.*

5.2.10. Reversão

É a transferência de bens do concessionário para o patrimônio da concedente em virtude da **extinção do contrato**. Na verdade, os bens nunca foram da concedente, passam a sê-lo quando se encerra a concessão. Nem sempre há de se exigir a ***reversão.***

A reversão pode ser onerosa ou gratuita. Onerosa é quando a concedente é obrigado a indenizar o concessionário, pois os bens foram adquiridos com seu exclusivo capital. Na reversão gratuita a fixação da tarifa já levou em conta o ressarcimento do concessionário pelos recursos empregados na aquisição de bens, portanto, a concedente tem direito à propriedade dos bens sem qualquer ônus.

Os bens da reversão são somente os empregados para execução do serviço. **É indispensável o ajuste no contrato.**

> *Lei 8.987/95 Art. 35*
> *§ 1º 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.*
> *§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.*
> *§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.*

Art. 36. 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.

6. PARCERIAS VOLUNTÁRIAS (LEI 13.019/2014 com alteração da Lei 13.204/2015).

6.1. NOÇÕES GERAIS

Sobre o que trata a Lei?

A Lei 13.019/2014 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.

É esta Lei que define como deverá ser a relação jurídica do governo com as popularmente conhecidas ONGs (organizações não-governamentais), especialmente em casos envolvendo transferências de recursos para a execução de projetos de interesse público, bem como das cooperativas e de entidades religiosas. Vale ressaltar que a Lei não utiliza a nomenclatura ONG, preferindo falar em “organização da sociedade civil” (OSC).

O objetivo do presente resumo é o de apenas auxiliar os candidatos a concursos públicos no momento das provas, destacando os dispositivos mais importantes da Lei. A finalidade não é comentar a Lei, que apresenta aspectos muito técnicos e de ordem prática.

O que se entende por PARCERIAS VOLUNTÁRIAS?

Para os fins desta Lei, parceria é...

- Um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente 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 atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação

O que se entende por ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Para os fins desta Lei, administração pública abrange:

 órgãos;

 autarquias;

 fundações; e

 empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público (e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal).

A Lei aplica-se para órgãos e entidades não apenas da União, como também dos Estados, DF e Municípios.

Logo, rege a administração pública federal, estadual, distrital e municipal.

Repare que a Lei não regula parcerias firmadas por empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas.

O que se entende por ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL?

Para os fins desta Lei, organização da sociedade civil é...

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 nº 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;

Toda e qualquer parceria é regida pela Lei n.13.019/2014?

NÃO. As exigências da Lei n. 13.019/2014 não se aplicam para os seguintes casos:

- às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções
- aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
- aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;
- aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014;

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

As disposições da Lei n.º 13.019/2014 são aplicáveis para reger o termo de parceria celebrado entre a administração pública e a OSCIP?
SIM. A Lei n.º 13.019/2014 aplica-se, no que couber, às relações da administração pública com as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), de que trata a Lei n.º 9.790/99.

6.2. CHAMAMENTO PÚBLICO

6.2.1. Introdução

A administração pública pode fazer transferências voluntárias de recursos para organizações da sociedade civil com o objetivo de que sejam realizados planos de trabalho em regime de mútua cooperação.

A organização da sociedade civil que receberá tais transferências será selecionada por meio de um procedimento nominado de "chamamento público" e, após escolhida, deverá celebrar um "termo de colaboração" ou um "termo de fomento" com a administração pública.

Guardadas as devidas diferenças, esse chamamento público funcionará como se fosse uma licitação, ou seja, um processo seletivo (competitivo) para selecionar a organização que melhor poderá executar o projeto.

Esse é o ponto mais interessante e importante da Lei, considerando que essa seleção pública busca evitar a escolha das ONGs que irão receber os recursos com base em interesses pessoais e preferências políticas/ideológicas.

Veja a definição que é dada pela Lei n. 13.019/2013 em seu art. 2º, XII:

XII - 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;

Esse chamamento público é obrigatório para a celebração de qualquer modalidade de parceria, salvo algumas exceções previstas na Lei n. 13.019/2013 e que serão vistas mais abaixo.

6.2.2. Requisitos do edital do chamamento público

O edital do chamamento público deverá conter as seguintes informações:

- a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria;
- o objeto da parceria;
- as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;
- as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;
- o valor previsto para a realização do objeto;
- as condições para interposição de recurso administrativo;
- a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria;
- de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.

São vedadas cláusulas que admitem, preveem, incluem ou tolerem, 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:

a) a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação em que será executado o objeto da parceria;

b) 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.

6.2.3. Julgamento das propostas

As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada.

Comissão de seleção: órgão colegiado destinado a processar e julgar chamamentos públicos, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública

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.

6.2.4. Análise dos documentos da organização

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 dos requisitos previstos nos arts. 33 e 34.

Se a organização da sociedade civil selecionada não atender aos requisitos exigidos nos arts. 33 e 34, aquela imediatamente mais bem classificada poderá ser convidada a aceitar a celebração de parceria nos termos da proposta por ela apresentada.

6.2.5. Situações em que não será obrigatório o chamamento público

Como vimos, em regra, para a celebração de qualquer modalidade de parceria deverá ser realizado o chamamento público.

A Lei n. 13.019/2013, contudo, traz exceções nas quais o chamamento público não será obrigatório.

À semelhança do que ocorre com as licitações, a Lei n. 13.019/2013 prevê situações em que o chamamento é dispensado e outras em que o procedimento é inexigível.

Dispensa do chamamento público:

São situações em que a Lei autoriza a não realização do chamamento. Mesmo sendo dispensável, a Administração pode decidir realizar o chamamento. Tais situações estão previstas no art. 30 da Lei 13.019/2014.

Assim, é possível dispensara realização do chamamento público:

a) 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;

b) Nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;

c) Quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

d) 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.

6.2.6. Inexigibilidade do chamamento público

Como o chamamento é uma disputa, para que ocorra, é indispensável que haja pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes para que ele possa ocorrer.

Assim, a Lei prevê, em seu art. 31, que, se houver impossibilidade jurídica de competição, o chamamento não será realizado, por ser inexigível.

Confira o que diz a Lei:

> *Art. 31. 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: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)*
> *I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)*
> *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 nº 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. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)*

6.2.7. Formalidades no caso de dispensa ou inexigibilidade do chamamento

Tanto na hipótese de dispensa (art. 30) como de inexigibilidade (art.31), o administrador público deverá justificar, detalhadamente, as razões pelas quais não foi realizado o processo seletivo, sendo isso publicado na internet.

Os eventuais interessados poderão impugnar as razões invocadas. Veja o que dispõe a Lei:

> *Art. 32. Nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de chamamento público será justificada pelo administrador público. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)*
> *§ 1º Sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria prevista nesta Lei, o extrato da justificativa previsto no **caput** deverá ser publicado, na mesma data em que for efetivado, no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público,*

também no meio oficial de publicidade da administração pública. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
§ 2º Admite-se a impugnação à justificativa, apresentada no prazo de cinco dias a contar de sua publicação, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável em até cinco dias da data do respectivo protocolo. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
§ 3º Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.
§ 4º A dispensa e a inexigibilidade de chamamento público, bem como o disposto no art. 29, não afastam a aplicação dos demais dispositivos desta Lei.

Para os fins desta Lei, administrador público é o agente público, titular do órgão ou entidade, competente para assinar o instrumento de cooperação com organização da sociedade civil.

6.2.8. Procedimento de manifestação de interesse social

As organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e os cidadãos em geral poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.

Ex: uma organização social faz uma proposta para que o poder público municipal inicie um trabalho de amparo às crianças e adolescentes carentes de determinado bairro.

Essa proposta é feita por meio de um procedimento de manifestação de interesse social.

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 acima, a administração pública deverá tornar pública a proposta em seu site na internet e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema.

Obs1: 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.

Obs2: a realização do Procedimento de Manifestação de Interesse Social não dispensa a convocação por meio de chamamento público para a celebração de parceria.

Obs3: 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.

6.3. TERMO DE COLABORAÇÃO E TERMO DE FOMENTO

6.3.1. Introdução

Como vimos acima, a administração pública pode fazer transferências voluntárias de recursos para organizações da sociedade civil com o objetivo de que sejam realizados planos de trabalho em regime de mútua cooperação.

A organização da sociedade civil que receberá tais transferências será selecionada por meio de um procedimento nominado de “chamamento público” e, após escolhida, deverá celebrar um “termo de colaboração” ou um “termo de fomento” com a administração pública.

6.3.2. Definição de termos de colaboração e fomento

A parceria voluntária celebrada entre a administração pública e a OSC é formalizada por meio de um termo de colaboração ou mediante um termo de fomento.

Termo de colaboração não é sinônimo de termo de fomento. Existe uma pequena diferença entre os dois. Antes de vermos a diferença entre eles, confira as características que são iguais:

O termo de colaboração ou o termo de fomento consiste em...
- um instrumento
- firmado entre a administração pública
- e a organização da sociedade civil que foi selecionada no chamamento público,
- por meio da qual esta organização se compromete a executar um plano de trabalho
- que tem como finalidade um interesse público.

6.3.3. Diferença entre termo de colaboração e termo de fomento

Entenda agora a ligeira diferença que os instrumentos apresentam entre si:

Termo de colaboração	*Termo de fomento*
O plano de trabalho foi proposto pela administração pública.	O plano de trabalho foi proposto pela organização da sociedade civil.
A organização da sociedade civil estará colaborando com a finalidade de interesse público proposta pela administração pública.	A administração pública estará fomentando a finalidade de interesse público proposta pela organização da sociedade civil.

Cláusulas que deverão estar presentes no estatuto da organização da sociedade civil

A Lei n. 13.019/2014 prevê que, para poder celebrar a parceria, as organizações da sociedade civil deverão ter em seus estatutos as seguintes cláusulas:

a) Objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

b) Que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

c) Escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade;

d) Possuir:

- no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;

- Experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

- Instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

6.3.4. <u>Providências que a administração pública deve adotar para a celebração do termo:</u>

A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

- realização de chamamento público;
- indicação da prévia dotação orçamentária;

- demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;
- aprovação do plano de trabalho;
- emissão de parecer de órgão técnico da administração pública sobre o mérito da proposta e outros aspectos técnicos relacionados com a execução do plano de trabalho (exs: viabilidade da execução, meios de execução, cronograma etc.);
- emissão de parecer do órgão de assessoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade jurídica de celebração da parceria.

Caso o parecer técnico ou o parecer jurídico de que tratam, respectivamente, os incisos V e VI concluam pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas, deverá o administrador público sanar os aspectos ressalvados ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão.

6.3.5. Transparência e controle

 A administração pública deverá manter, em seu sítio oficial na internet, a relação das parcerias celebradas e dos respectivos planos de trabalho, até cento e oitenta dias após o respectivo encerramento

 De igual forma, a organização da sociedade civil deverá divulgar na internet e em locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações todas as parcerias celebradas com a administração pública.

 Por fim, a administração pública deverá divulgar pela internet os meios de representação sobre a aplicação irregular dos recursos envolvidos na parceria.

6.3.6. Impedimentos

Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista na Lei n. 13.019/2014 a organização da sociedade civil que:

a) não esteja regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional;
b) esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada;
c) tenha como dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou de fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau;

d) tenha tido as contas rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos, exceto se: for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e quitados os débitos eventualmente imputados; for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição; a apreciação das contas estiver pendente de decisão sobre recurso com efeito suspensivo;

e) tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade

f) tenha tido contas de parceria julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos;

Em qualquer das hipóteses acima previstas, persiste o impedimento para celebrar parceria enquanto não houver o ressarcimento do dano ao erário, pelo qual seja responsável a organização da sociedade civil ou seu dirigente.

6.3.7. Vedações

A Lei n. 13.019/2014 prevê que é vedada a celebração de parcerias que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

6.3.8. Cláusulas do termo de colaboração ou do termo de fomento

O art. 42 da Lei elenca uma série de cláusulas que deverão constar, obrigatoriamente, no termo de colaboração ou no termo de fomento. Vejamos as principais:

- a descrição do objeto pactuado;
- as obrigações das partes;
- quando for o caso, o valor total e o cronograma de desembolso;
- a vigência e as hipóteses de prorrogação;
- a obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos;
- a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei;
- a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei;
- a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão de sua execução, tenham sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;

- a prerrogativa atribuída à administração pública para assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade;
- quando for o caso, a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos em conta bancária específica;
- o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto;
- a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;
- a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa, com a participação de órgão encarregado de assessoramento jurídico integrante da estrutura da administração pública;
- a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;
- a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

6.4. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DA PARCERIA

6.4.1. Introdução

A administração pública está obrigada a realizar procedimentos de fiscalização das parcerias celebradas antes do término da sua vigência, poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

A partir disso, a administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará,

independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil

6.4.2. Comissão de monitoramento e avaliação

A comissão de monitoramento e avaliação órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil mediante termo de colaboração ou termo de fomento, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública.

6.4.3. Gestor

Além da comissão de monitoramento, a administração pública designará um agente público que ficará responsável pela gestão da parceria, tendo poderes de controle e fiscalização.

São obrigações do gestor:

a) acompanhar e fiscalizar a execução da parceria;

b) informar ao seu superior hierárquico a existência de fatos que comprometam ou possam comprometer as atividades ou metas da parceria e de indícios de irregularidades na gestão dos recursos;

c) emitir parecer técnico conclusivo de análise da prestação de contas final, levando em consideração o conteúdo do relatório técnico de monitoramento e avaliação

d) disponibilizar materiais e equipamentos tecnológicos necessários às atividades de monitoramento e avaliação.

6.4.4. Providências de autoexecutoriedade em caso de má execução da parceria

Na hipótese de não execução ou má execução de parceria, a administração pública poderá, por ato próprio e independentemente de autorização judicial:

a) retomar os bens públicos em poder da organização da sociedade civil parceira, qualquer que tenha sido a modalidade ou título que concedeu direitos de uso de tais bens;

b) assumir a responsabilidade pela execução do restante do objeto previsto no plano de trabalho, no caso de paralisação, de modo a evitar sua descontinuidade, devendo ser considerado na prestação de contas o que foi executado pela organização da sociedade civil até o momento em que a administração assumiu essas responsabilidades

Obs.: essas medidas devem ser tomadas exclusivamente para assegurar o atendimento de serviços essenciais à população e a fim de realizar ou manter a execução das metas ou atividades pactuadas.

6.5. PRESTAÇÃO DE CONTAS

A organização da sociedade civil está obrigada a prestar contas da boa e regular aplicação dos recursos recebidos no prazo de até noventa dias a partir do término da vigência da parceria ou no final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano

Constatada irregularidade ou omissão na prestação de contas, será concedido prazo para a organização da sociedade civil sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.

A administração pública terá como objetivo apreciar a prestação final de contas apresentada, no prazo de 90 a 150 dias, contado da data de seu recebimento, conforme estabelecido no instrumento da parceria.

As prestações de contas serão avaliadas:

I - Regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho;

II - Regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte em danos ao erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes circunstâncias:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

6.6. RESPONSABILIDADE E SANÇÕES

6.6.1. Introdução

As organizações da sociedade civil que descumprirem os termos da parceria firmada, ou praticarem outros ilícitos, poderão sofrer sanções administrativas e até responder por ato de improbidade administrativa.

Além disso, os dirigentes, gestores, administradores públicos poderão também ser responsabilizados na esfera penal caso suas condutas caracterizem-se como crime.

6.6.2. Sanções administrativas à entidade

Pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as disposições legais, a administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil parceira as seguintes sanções:

a) advertência;

b) 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;

c) 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 na letra “b”.

As sanções estabelecidas nas letras “a” e “b” 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.

6.6.3. Improbidade administrativa

A Lei n. 13.019/2014 alterou a Lei n. 8.429/92 para prever como improbidade administrativa diversas condutas irregulares relacionadas com a seleção ou execução de parcerias voluntárias. Vejam os novos incisos que serão muito exigidos em provas objetivas:

> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;*
> *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 negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
XX - Liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular
XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

(...)
Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

6.7. DISPOSIÇÕES FINAIS

Parcerias já existentes antes da vigência da Lei

As parcerias existentes no momento da entrada em vigor da Lei n.□ 13.019/2014 permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da nova Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

6.7.1. Alterações na Lei das OSCIP's (Lei n 9.790/99)

Lei n.º 9.790/99	
ANTES	COM A NOVA LEI
Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.	Art. 1º 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 esta Lei.

AGENTES PÚBLICOS (ASPECTOS CONSTITUCIONAIS)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estudaremos a parte constitucional dos servidores.

Leitura obrigatória: CF, art. 37 a art. 41. Ler estatuto dos servidores (federal, estadual ou municipal), conforme o concurso. Normalmente é a Lei 8.112/90 (estatuto federal).

> ***CF*** *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:*
> *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;*
> *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;*
> *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;*
> *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;*
> *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;*
> *VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;*
> *IX - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*
> *X - A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;*
> *XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em*

espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

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;

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

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

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma

integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.
§ 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.
§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - As reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
II - O acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.
§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.
§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre (trata da agência executiva):
I - O prazo de duração do contrato;
II - Os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
III - a remuneração do pessoal.
§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.
§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e
142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.
§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI (limite de teto) do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

§ 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.

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
I - Em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
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.
§ 2º 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.
§ 3º 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.
§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

2. CONCEITO

A expressão agente público tem sentido amplo, abrangendo todo aquele que exerce função pública, ainda que temporária ou não remunerada. São considerados agentes públicos desde os servidores públicos até os mesários, jurados e políticos.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

3.1. AGENTE POLÍTICO

São os componentes do governo em seus primeiros escalões, que têm a função de dirigir, orientar e estabelecer as diretrizes para o poder público. Exemplo: chefes do executivo (e vices); auxiliares imediatos dos chefes do executivo (secretários de estado e município e ministros de Estado); membros do poder legislativo; magistrados e membros do MP.

Quanto aos dois últimos há quem os exclua da lista, pois não são escolhidos politicamente (eleição), mas sim de forma meritória (concurso) – ***JSCF***. Conforme o STF, tais agentes trata-se de agentes políticos, não pela forma de escolha, mas por **constituírem a vontade do Estado**.

Esses agentes políticos estão sujeitos ao regime estatutário.

Regra:

Se os direitos do agente estão previstos em Lei ou CF, trata-se de Regime Legal/Jurídico-administrativo ou Estatutário. Em sendo regime estatutário, o agente é titular de cargo. Além disso, só existe CARGO em pessoas jurídicas de DIREITO PÚBLICO (o que exclui EP e SEM, por exemplo).

Se os direitos do agente estão previstos em um contrato de trabalho, trata-se de Regime Contratual ou Celetista/Trabalhista. Nessa forma de regime, o agente é titular de emprego. Pode haver **emprego** tanto em pessoas jurídicas de Direito Público quanto nas pessoas jurídicas de Direito Privado. A única exigência para as pessoas jurídicas de direito público é de que o regime seja **único.**

Como os direitos dos agentes políticos são previstos diretamente na CF ou em Lei (seja qual for, vide LOMAN e LOMP), estão investidos em CARGOS em regime estatutário.

3.2. SERVIDORES ESTATAIS

São todos aqueles que atuam no Estado (Administração Direta ou indireta) e que não se incluem entre os agentes políticos. Subdividem-se em:

Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PÚBLICO;

Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PRIVADO.

Vejamos cada um deles:

3.2.1. Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PÚBLICO

São os **SERVIDORES PÚBLICOS**. Estão na Administração direta, autárquica ou fundacional (de direito público). Em regra, sujeitam-se ao regime estatutário, no entanto, não há essa obrigatoriedade. A única exigência constitucional é no sentido de cada ente administrativo utilizar um regime de servidores único, seja estatutário, seja celetista. Vale lembrar que o servidor público pode ser, além de **estatutário** e **celetista** (nesse último caso **não estável**), TEMPORÁRIO (apenas em situações de excepcional interesse público). Esse último se submete ao chamado regime jurídico especial.

EC 19 e a celeuma do regime único de servidores

No texto original da CF falava-se que os servidores deviam ser regidos por **regime jurídico ÚNICO**. Ou seja, na mesma pessoa jurídica só é possível um único regime. Não havia exigência pelo regime estatutário ou celetista. Na época prevaleceu o regime estatutário (União e maioria dos Estados; muitos municípios preferiram o regime celetista).

Vem a EC19/98 (Reforma administrativa) e altera o art. 39, permitindo o **regime MÚLTIPLO**. No entanto, a EC foi declarada formalmente inconstitucional **em sede de medida cautelar** com efeitos ex nunc (ADI 2135), ocorrendo o efeito repristinatório do dispositivo constitucional anterior, ou seja: retorno do regime único.

Ou seja, atualmente vige o **regime único**, não existindo imposição pelo regime. Depende de cada ente administrativo. Quem define é a lei de criação do ente. A preferência do âmbito federal é o regime **estatutário.**

OBS: Funcionário público era uma expressão utilizada **antes da CF/88**. Foi abolida essa expressão. Essa expressão se referia ao ***servidor público titular de cargo***. Hoje o servidor pode ser tanto titular de cargo quanto de emprego, neste último caso é chamado de ***empregado público***.

O CP traz um conceito próprio de funcionário público, que não se confunde com o visto acima:

> *Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*

Na realidade esse é o conceito de agente público.

3.2.2. Servidores estatais de pessoas jurídicas de DIREITO PRIVADO

São os chamados **SERVIDORES DE ENTE GOVERNAMENTAL DE DIREITO PRIVADO**. São os servidores que atuam nas empresas públicas e sociedades de economia mista (ou ainda na fundação pública de direito privado, que é equiparada às empresas estatais).

Não são servidores públicos, mas se equiparam a tais em alguns aspectos: devem prestar **concurso***, são equiparados a servidores públicos para fins penais, são sujeitos ao regime da não acumulação; em regra se sujeitam ao teto remuneratório (ressalvados os casos em que a pessoa jurídica não receber dinheiro público para custeio); se equiparam no que diz respeito à improbidade administrativa (Lei 8.429/92); e por fim, se equipararam para fins de interposição de MS e demais remédios constitucionais.

Os servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista, admitidos por concurso público, gozam da estabilidade do art. 41 da CF/88?

NÃO. A estabilidade do art. 41 da CF/88 é conferida apenas aos servidores estatutários. Os agentes públicos que atuam nas empresas públicas e sociedades de economia mista são servidores celetistas (empregados públicos). Logo, não gozam de estabilidade.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser demitidos sem motivação?

Em 2013, o STF, ao analisar um caso envolvendo um empregado dos Correios que havia sido demitido sem motivação, decidiu que NÃO.

Em outras palavras, o STF afirmou que a conduta da empresa pública foi errada e que a ECT (Correios) tem o dever de motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013 (Info 699).

Principais argumentos para essa conclusão:

- Os servidores dos Correios, mesmo admitidos por concurso público, não gozam da estabilidade preconizada no art. 41 da CF/88. No entanto, apesar de não possuírem estabilidade, somente podem ser demitidos por meio de um procedimento formal, assegurado ao empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e ao final, esta demissão deverá ser sempre motivada.

- Os Correios possuem natureza jurídica de direito privado, mas se submetem a um regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que tem por objetivo a realização do interesse público.

- Explicando de outra forma, esta entidade submete-se a regras de direito privado, mas tais normas sofrem uma derrogação parcial (mitigação) em favor de certas regras de direito público. Logo, o regime aplicável à ECT não é inteiramente privado.

- Exemplos de derrogações das normas de direito privado em favor de normas de direito público: teto remuneratório, proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, exigência de concurso etc.

- Assim, o regime dos empregados públicos não está sujeito integralmente às regras da CLT, havendo uma derrogação (mitigação) em favor de regras de normas de direito público, dentre elas os princípios administrativos contemplados no art. 37 da CF/88.

- No caso, a motivação da demissão é justificada com base nos princípios da isonomia e impessoalidade, evitando favorecimento ou perseguição de empregados públicos.

- Além disso, como os empregados são admitidos por concurso público, não é razoável que sejam dispensados de forma imotivada, ou seja, sem que se observe um paralelismo entre a admissão e a dispensa.

Sobre o tema, vale mencionar os seguintes entendimentos do TST:

> *Súmula nº 390*
> *I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *II – Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*
> *OJ nº 247 SDI-I*

> *I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;*
> *II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.*

Conforme já dito, o caso concreto no qual o STF decidiu esse tema envolvia um empregado dos Correios. Ocorre que a ementa do julgado ficou extremamente genérica, especialmente o item II. Confira:

> *EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. STF. Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/03/2013.*

Além disso, se você ler o voto do Min. Ricardo Lewandoski, vai perceber que ele fala de forma também genérica, incluindo indistintamente todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Diante disso, os livros e os professores passaram a dizer que a decisão do STF no RE 589998 valeria para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inconformismo de outras empresas públicas e sociedades de economia mista

Ocorre que outras empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica não se conformaram com isso dizendo que elas são diferentes dos Correios e que a ECT recebe tratamento muito parecido com o de Fazenda Pública, tanto que goza de imunidade tributária (STF RE 601392, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2013).

Assim, o Banco do Brasil (sociedade de economia mista federal que explora atividade econômica) ingressou com embargos de declaração dizendo o seguinte: olha, há uma obscuridade no acórdão. Isso porque só se discutiu a questão dos Correios e a tese ficou muito genérica. Seria bom o STF esclarecer essa questão.

Decisão dos embargos

Em 2018, o STF, ao julgar os embargos de declaração, afirmou que a referida decisão (RE 589998/PI) só se aplica realmente para os Correios, considerando que o caso concreto envolvia um empregado da ECT. Quanto às demais empresas públicas e sociedades de economia mista, o STF afirmou que ainda não decidiu o tema, ou seja, terá que ser analisado caso a caso.

Assim, por enquanto, essa decisão, ao menos formalmente, só se aplica para os Correios.

O STF retificou a tese genérica que havia fixado anteriormente e agora afirmou que:

> *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. STF. Plenário. RE 589998 ED/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/10/2018 (Info 919).*

Atenção. O ADCT previu que os servidores públicos que estavam em exercício há pelo menos 5 anos quando a CF/88 foi promulgada, devem ser considerados estáveis mesmo que não tenham sido admitidos por meio de concurso público. Trata-se de regra excepcional e que somente vigorou para estes casos

Conforme vimos, o art. 37 da CF/88 estabelece que, para a pessoa assumir um cargo ou emprego na administração pública, ela precisa, antes, ser aprovada em concurso público:

> *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:*
> *(...)*
> *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;*

Caso uma pessoa assuma cargo ou emprego público sem concurso público (fora das hipóteses de nomeação para cargo em comissão), qual será a consequência?

O § 2º do art. 37 determina que:

 o ato de investidura seja declarado nulo; e

 a autoridade responsável pelo ato seja punida, nos termos da lei (ex: improbidade).

João foi contratado, sem concurso, para exercer emprego público em uma empresa pública estadual. Quando mudou a direção dessa empresa pública, o novo diretor declarou que esse contrato de trabalho era nulo e “demitiu” João.

João procurou a Justiça do Trabalho e ajuizou reclamação trabalhista contra essa empresa pública pedindo sua reintegração ao emprego ou, subsidiariamente, o pagamento das verbas trabalhistas que teria direito.

João poderá ser reintegrado ao emprego público?

NÃO, considerando que o contrato de trabalho que tinha com a empresa pública era nulo por violação ao art. 37, II, da CF/88.

João terá direito de receber quais verbas trabalhistas?

Verba	Fundamento
a) O saldo de salário pelo número de horas trabalhadas.	Princípio que veda o enriquecimento sem causa do Poder Público. Como João trabalhou, tem direito de ser ressarcido por isso.
b) Os valores referentes aos depósitos do FGTS.	Art. 19-A da Lei n.º 8.036/90.

João não terá direito de receber as demais verbas trabalhistas como 13º salário, férias acrescidas de 1/3, FGTS acrescido de 40%, adicionais legais etc.

TST adota esse entendimento?

SIM, está expresso na súmula 363:

> *Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos*
> *A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS*

Vejamos o que diz o art. 19-A da Lei n.□ 8.036/90:

> *Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)*

Discussão sobre a constitucionalidade desse art. 19-A:

Diversos estados-membros queriam que o STF reconhecesse que esse art. 19-A da Lei n. 8.036/90 seria inconstitucional por violar o art. 37, II e § 2º da CF/88.

Esses estados afirmavam que, se a CF/88 determinou que o ato de contratar sem concurso é nulo, não poderia a lei prever a produção de efeitos, como o pagamento do FGTS.

O STF acatou essa tese? O art. 19-A é inconstitucional?

NÃO. O STF, por maioria, entendeu que o art. 19-A da Lei n.□ 8.036/90 não afronta a CF/88. Segundo o STF, mesmo sendo declarada a nulidade, nos termos do § 2º do art. 37 da CF,

este fato jurídico existiu e produziu efeitos residuais. O STF tem levado em consideração a necessidade de se garantir a fatos nulos, mas existentes juridicamente, os seus efeitos. Não é possível aplicar, neste caso, a teoria civilista das nulidades de modo a retroagir todos os efeitos desconstitutivos dessa relação. Se houver irregularidade na contratação de servidor sem concurso público, o responsável, comprovado dolo ou culpa, deve responder regressivamente, nos termos do art. 37 da CF, de forma que não haja prejuízo para os cofres públicos.

Votos vencidos:

A decisão do STF foi por maioria e ficaram vencidos os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheciam a inconstitucionalidade do referido artigo.

3.3. PARTICULARES EM COLABORAÇÃO

É aquele particular que coopera, que colabora com o Estado, exercendo função pública em determinado momento, mas nem por isso perde a qualidade de particular. São eles: Mesários, jurados, serviço militar obrigatório.

São os chamados ***particulares em colaboração requisitados***, que exerce função pública, pois é obrigado a participar.

Os chamados particulares em colaboração voluntários (ou em "sponte própria" ou agentes honoríficos). É o exemplo do médico que presta serviço gratuito em posto de saúde.

Os que atuam em concessionárias e permissionárias prestando serviço público.

Aqueles que recebem **delegação de função** como é o caso dos notários (art. 336 da CF). Cada estado tem a competência para legislar e disciplinar seu serviço notarial.

Particulares em colaboração que **praticam atos oficiais de saúde e do ensino**. O dirigente do hospital privado está na categoria dos agentes públicos, assim como o dirigente de escola privada. Cabe, inclusive, contra abusos seus a interposição de MS.

4. CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA

Cargo público significa atribuições + responsabilidades + um posto na Administração Direta, autárquica ou fundacional. Além de **regime estatutário.**

Emprego público é a expressão usada para designar a relação de trabalho existente entre o servidor e o ente empregador, que é regida pelo **regime celetista (trabalhista**).

FUNÇÃO pública é a atividade em si mesma, constituída de um conjunto de atribuições e responsabilidades, mas sem lugar (posto) no quadro funcional.

4.1. CARGO EM COMISSÃO X FUNÇÃO DE CONFIANÇA

CF Art. 37, 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;

Cargo em comissão (que é um cargo público) serve para as funções de direção, chefia e assessoramento. Trata-se de cargo que **qualquer pessoa pode ocupar** (vedado o nepotismo e demais restrições legais), baseado na situação de confiança existente entre o servidor e a autoridade nomeante.

Quanto às restrições, o constituinte previu que a lei deve estabelecer um número mínimo das vagas dos cargos em comissão para os titulares de **cargos de carreira**. ***Cargo de carreira*** é aquele dividido em classes, que prevê plano de progressão profissional (promoção), que só é provido mediante concurso. A definição desse limite cabe à lei da carreira. Em oposição ao cargo de carreira existe o ***cargo isolado***, que é estanque, não admitindo progressão.

O cargo em comissão é de livre nomeação e livre exoneração, regido pelo regime jurídico **estatutário** (porque é cargo público), mas **sem direito à estabilidade**. Quando o servidor de cargo efetivo passa a exercer outro cargo em comissão, ele deixa de receber o salário do cargo efetivo, em regra.

Função de confiança é a atividade reconhecida pelo constituinte que se baseia na confiança do designado para com seu superior. Também serve apenas para direção, chefia e assessoramento. No entanto, por não se constituir em um cargo, só pode ser atribuída a quem já tem **cargo efetivo**. Cargo efetivo é aquele nomeado em caráter definitivo e mediante concurso. A rigor é todo o cargo que não é vitalício (Juiz, MP e TCU) ou em comissão.

Ao ser DESIGNADO para uma função de confiança (não se fala em nomeação), o servidor vai acumular novas atribuições e novas responsabilidades (inerentes a qualquer função pública). Dessa forma, fará jus a uma gratificação remuneratória pela função de confiança exercida (ver adiante). A DISPENSA da função de confiança (não se fala em exoneração) é livre, discricionária.

OBS: Quanto aos entes governamentais de direito privado (empresas estatais), também existe a figura **emprego efetivo** e do **emprego em comissão.**

5. CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS

Em regra, todos dependem de lei.

Criação não admite exceção.

Extinção, excepcionalmente, pode ocorrer por decreto do chefe do executivo quando de cargos vagos (*lembrar: decreto autônomo*).

Transformação pode se dar por ato da autoridade do órgão, quando não significar aumento de despesa.

Essa regra também vale para os empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional.

Quanto aos empregos públicos dos entes privados, podem ser criados por atos de organização funcional dessas entidades.

6. PROVIMENTO

6.1. INTRODUÇÃO

É o fato administrativo que traduz o preenchimento de um cargo público (regido por estatuto), o qual é produzido por um ato administrativo da autoridade competente: o chamado ato de provimento.

OBS: Há quem diga que o provimento é um ato e não um fato administrativo.

Investidura: Segundo JSCF, trata-se de uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legitimo provimento do cargo público (nomeação, posse e exercício).

Há dois tipos de provimento: **ORIGINÁRIO** (quando se inicia um vínculo estatutário com a Administração) e **DERIVADO** (quando o sujeito já tinha vínculo regido pelo mesmo estatuto).

6.2. FORMAS DE PROVIMENTO

Vejamos alguns nomes/formas de provimento (alguns já não existem mais):

- Nomeação;
- Promoção;
- Ascensão; (não é mais admitida).
- Transferência; (não é mais admitida).
- Readaptação;
- Recondução;
- Reingresso.
- Readmissão; (não é mais admitida).
- Remoção e Redistribuição;

Vamos à análise de cada uma das formas.

6.2.1. Nomeação

Ato que materializa o provimento originário (o **único ORIGINÁRIO** admitido no sistema atual). Para cargo vitalício ou efetivo, a regra é a indispensabilidade a aprovação em concurso público. Para cargo em comissão, não há obrigatoriedade.

6.2.2. Promoção

É uma espécie de provimento derivado vertical (admitido)

O servidor sai de seu cargo e ingressa em outro de classe mais elevada, mas da mesma carreira.

Difere de PROGRESSÃO: o servidor permanece no mesmo cargo, mas dentro dele percorre um *iter funcional*, simbolizado por índices ou padrões, sendo que a melhoria é materializada na elevação dos vencimentos.

6.2.3. Ascensão (não é mais admitida).

Espécie de provimento derivado vertical.

O servidor sai de cargo em que está na classe mais elevada para outro cargo, de outra carreira, em classe inicial. Não é mais admitida. O STF só admite essa forma de provimento mediante aprovação em concurso público.

> ***Súmula vinculante 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.*

A promoção do servidor por ascensão funcional constitui uma forma de "provimento derivado vertical", ou seja, a pessoa assume um outro cargo (provimento) em virtude de já ocupar um anterior (ou seja, derivado do primeiro), subindo no nível funcional para um cargo melhor (vertical).

A ascensão funcional é inconstitucional porque a CF/88 afirma que a pessoa somente pode assumir um cargo público após aprovação em concurso público (art. 37, II), salvo as hipóteses excepcionais previstas no texto constitucional. Desse modo, a ascensão viola o princípio do concurso público.

6.2.4. Transferência (não é mais admitida).

O servidor sai de um cargo para outro de mesma denominação, mas de quadro funcional diverso (ou seja, vai para outro ente). Não é mais admitida. Também só é admitida pelo STF se mediante aprovação em concurso.

6.2.5. Readaptação

O servidor muda de cargo em virtude de limitação física ou psíquica sofrida.

É espécie de provimento derivado horizontal, pois o servidor muda para outro cargo com atribuições, responsabilidades e remuneração semelhantes.

6.2.6. Recondução

É o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, seja por inabilitação em estágio probatório no novo cargo, ou por reintegração do antigo titular do cargo.

6.2.7. Reingresso

Pode se dar na forma de ***REINTEGRAÇÃO*** (quando a demissão é invalidada); ***APROVEITAMENTO*** (quando jogam o servidor que estava em disponibilidade em algum cargo, depois de seu antigo cargo ter sido extinto); ***REVERSÃO*** (quando o aposentado volta a trabalhar, restabelecimento por laudo médico do servidor aposentado por invalidez ou vício de legalidade no ato que concedeu aposentadoria).

6.2.8. Readmissão

Não existe mais. Forma anterior de reingresso pela qual o servidor, depois de deixar o serviço público, requeria o retorno direto a seu cargo, sem aprovação em concurso público, ficando a critério da administração, aceitar ou não o pedido.

6.2.9. Remoção e Redistribuição

Não são formas de provimento derivado por não ensejaram investidura em nenhum cargo. Elas tratam de hipóteses de deslocamento do servidor. Na remoção ele é deslocado no âmbito do **mesmo quadro**, e, na redistribuição, o deslocamento é efetuado para **quadro diverso**, em qualquer caso, o servidor continua **titularizando o seu cargo**, o que não ocorre nas hipóteses de provimento derivado.

7. ACESSIBILIDADE

7.1. QUEM E COMO SE PODE TER ACESSO A CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL?

O texto original da CF limitava aos brasileiros o provimento de cargo, empregos e funções. No entanto, desde a EC 19/98, passou-se a admitir a acessibilidade aos estrangeiros, na forma da lei (norma de eficácia limitada). Essa lei regulamentadora só existe quanto à admissão de ***professores e pesquisadores estrangeiros*** em universidades públicas.

A condição de acessibilidade aos cargos e empregos da Administração Direta e Indireta é o concurso público, tanto para os brasileiros, quanto para os estrangeiros. Há casos (excepcionais), no entanto, em que não há a necessidade de concurso para o preenchimento de vaga no serviço público:

Cargos eletivos: Trata-se de escolhas políticas.

Cargos (e empregos) em comissão: São aqueles de livre nomeação e livre exoneração (exoneração ad nutum). Até 1988 eram chamados de cargo de confiança.

Servidores temporários: Servidores contratados com prazo determinado, em situação de anormalidade em que há excepcional interesse público. Nada impede que se contrate temporários para exercer atividade permanente.

O art. 37, IX, da CF/88 autoriza que a Administração Pública contrate pessoas, sem concurso público, tanto para o desempenho de atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, como também para o desempenho das funções de caráter regular e permanente, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Esse é o entendimento do STF (Plenário. ADI 3247/MA, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 26/3/2014. Info 740).

O STJ adotou essa mesma conclusão. No caso concreto, o Ministério da Saúde autorizou a contratação de 200 profissionais para a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. O sindicato dos servidores públicos impetrou MS contra este ato alegando que os servidores estavam sendo contratados para a análise de processos administrativos do órgão, o que não é uma atividade temporária, mas sim permanente e, portanto, não se enquadraria no art. 37, IX, da CF/88, devendo ser desempenhada por servidores estatutários da autarquia. O MS foi julgado improcedente. Segundo decidiu o STJ, admite-se a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF/88) ainda que para o exercício de atividades permanentes do órgão ou entidade. No caso concreto, as contratações temporárias se fazem necessárias em decorrência do crescente número de demandas e do enorme passivo de procedimentos administrativos que estão parados junto à ANS. Ademais, o quadro de pessoal da agência já está completo, inexistindo, portanto, cargos vagos para a realização de concurso público.

STJ. 1ª Seção. MS 20.335-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 22/4/2015 (Info 560).

Se o contrato for resilido por conveniência da Administração antes de seu termo final, deverá o servidor ser indenizado, no valor de metade da remuneração que teria direito até o término do contrato.

De quem é a competência para julgar litígios decorrentes dos contratos temporários?

> *Art. 37, IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*

Servidores estatutários (titular de cargo público) são julgados pela Justiça comum (federal ou estadual) (ADI 3395).

Servidores celetistas (titular de qualquer emprego público) são julgados pela JT.

Os Empregados (celetistas) de PJ de direito privado (administração indireta) são julgados pela JT.

A justiça comum é competente para processar e julgar causas em que se discuta a validade de vínculo jurídico-administrativo entre o poder público e servidores temporários.

Dito de outra forma: a Justiça competente para julgar litígios envolvendo servidores temporários (art. 37, IX, da CF/88) e a Administração Pública é a JUSTIÇA COMUM (estadual ou federal).

A competência NÃO é da Justiça do Trabalho, ainda que o autor da ação alegue que houve desvirtuamento do vínculo e mesmo que ele formule os seus pedidos baseados na CLT ou na lei do FGTS.

STF. Plenário. Rcl 4351 MC-AgR/PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 11/11/2015 (Info 807).

STF: Mesmo que tais contratos tenham sido prorrogados sucessivamente, de maneira irregular, ainda assim persiste o caráter jurídico-administrativo do vínculo, de modo que a competência é da Justiça comum. Em resumo: para o STF, os direitos relativos ao contrato de trabalho temporário, de que trata o art. 37, IX da CF, são SEMPRE julgados pela Justiça comum.

OBS3: O STF não afasta os direitos trabalhistas, vale dizer, pode haver uma reclamação trabalhista, mas que será julgada na justiça comum. ***Inclusive se o vínculo for válido ou não, o que importa é a aplicação da lei específica****! Mas se a lei sequer existir no ente, a competência, como visto acima, será da JT.*

Hipóteses constitucionais (cargos vitalícios): Aquelas previstas expressamente na CF relativas a alguns cargos vitalícios. São eles: Ministros do STF e do TC, além da regra do quinto constitucional dos Tribunais.

EC 51 (art. 198) - agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias: Estão regulamentados pela Lei 11.350/06 (não é leitura obrigatória, mas é bom olhar especialmente para AGU).

Esses agentes eram contratados temporariamente. Agora são permanentes, mediante processo seletivo de provas e provas e títulos, o que acaba se parecendo muito com o concurso. A doutrina crítica, mas na prática o que se faz é **processo seletivo simplificado.**

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de PROCESSO SELETIVO PÚBLICO, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

CABM inclui as Empresas Públicas e SEM (quando exploradoras de atividade econômica), quanto às contratações de formação qualificada (atividade técnica). **Não se trata de posição pacífica.**

7.2. PARÂMETROS RELATIVOS AOS REQUISITOS POSSÍVEIS EM CONCURSO PÚBLICO

7.2.1. Critérios de admissão

> *CF Art. 37 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;*

Primeiramente, qualquer requisito deve ser compatível com a natureza das atribuições do cargo, sob a pena de ofensa aos princípios da isonomia e imparcialidade.

É necessário que a Lei da carreira estabeleça o requisito; não basta apenas a previsão no edital.

Exame psicotécnico

> *Súmula vinculante 44-STF: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*

Vida pregressa

A jurisprudência entende que o fato de haver instauração de inquérito policial ou propositura de ação penal contra candidato, por si só, não pode implicar a sua eliminação.

A eliminação nessas circunstâncias, sem o necessário trânsito em julgado da condenação, violaria o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, em regra, para que seja configurado antecedente criminal, é necessário o trânsito em julgado.

A investigação social limita-se ao exame da existência de antecedentes criminais ou poderão ser analisados outros aspectos da vida do candidato?

A investigação social não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado.

A investigação social não se resume a analisar somente a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também a conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando investigar o padrão de comportamento do candidato à carreira policial, de modo que não constitui ilegalidade a exclusão daquele que não ostenta conduta compatível com o decoro exigido para o exercício do cargo.

> *A investigação social em concursos públicos, além de servir à apuração de infrações criminais, presta-se, ainda, a avaliar idoneidade moral e lisura daqueles que desejam ingressar nos quadros da Administração Pública. STJ. 1ª Turma. AgInt no RMS 47.669/RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 27/09/2016.).*

A investigação social poderá ter caráter eliminatório?

SIM. A maioria das leis que rege as carreiras prevê que um dos requisitos para que qualquer pessoa tome posse no cargo público é a **idoneidade moral**. Sendo provada a falta dessa condição, é juridicamente possível a eliminação do candidato. Outro fundamento que pode ser invocado para justificar essa medida é o **princípio constitucional da moralidade** (art. 37 da CF/88). Vale ressaltar que a investigação social não pode ter caráter classificatório, ou seja, não interfere na pontuação dos candidatos.

Se o eliminado discordar dos critérios utilizados pela banca poderá buscar auxílio do Poder Judiciário, que tem competência para analisar o ato de exclusão do candidato, quando houver flagrante ilegalidade ou descumprimento do edital (STJ. 1a Turma. RMS 44.360/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 05/12/2013). Isso porque "não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, incluídos aqueles praticados durante a realização de concurso público." (STF. 1a Turma. ARE 753331 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/09/2013).

Caso seja constatado, na investigação social, que o candidato responde a um inquérito policial, ação penal ou tem contra si uma condenação ainda não transitada em julgado, tal circunstância, obrigatoriamente, implicará a sua eliminação do certame?

NÃO. **A jurisprudência entende que o fato de haver instauração de inquérito policial ou propositura de ação penal contra candidato, por si só, não pode implicar a sua eliminação**. A eliminação nessas circunstâncias, sem o necessário trânsito em julgado da condenação, violaria o princípio constitucional da presunção de inocência.

> *É ilegítima a exclusão de candidato de concurso público, na fase de investigação social, apenas em virtude de existência de ação penal sem trânsito em julgado, em observância ao princípio da presunção da inocência.*
> *O fato de haver instauração de inquérito policial ou propositura de ação penal contra candidato, por si só, não pode implicar a sua eliminação.*
> *A eliminação nessas circunstâncias, sem o necessário trânsito em julgado da condenação, violaria o princípio constitucional da presunção de inocência.*
> *Assim, em regra, para que seja configurado antecedente criminal, é necessário o trânsito em julgado.*
> *STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 418.345/DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 05/12/2017.*
> *STJ. 2ª Turma. AgRg no RMS 39.580-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 11/2/2014 (Info 535).*

Exceção: cargos

O STJ possui diversos julgados dizendo que, em caso de concursos para alguns cargos "sensíveis", como por exemplo, integrantes da força policial, a investigação social não pode se restringir a existência ou não de condenações penais transitadas em julgado.

Em tais hipóteses, a análise deve ser mais ampla e abranger a conduta moral e social do candidato, a fim de verificar a sua adequação ao pundonor militar, que se traduz em um alto padrão de comportamento e correção, vinculado à ética e ao decoro.

Ex: é legítima a decisão administrativa que, na fase de investigação social, considera "não recomendável" o candidato ao cargo de Policial Militar pelo fato de ele estar respondendo a ação penal ainda em curso, ou seja, mesmo trânsito em julgado.

No caso concreto, o candidato respondia a uma ação penal por furto qualificado. STJ. 2ª Turma. AgInt no RMS 53.486/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07/12/2017.

> *Em caso de cargos públicos de "maior envergadura", em que os ocupantes agem stricto sensu em nome do Estado, é possível a eliminação do candidato que responde a processo penal acusado de crimes graves, mesmo que ainda não tenha havido trânsito em julgado. Segundo o Min. Ari Pargendler, o "acesso ao Cargo de Delegado de Polícia de alguém que responde ação penal pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa compromete uma das mais importantes instituições do Estado, e não pode ser tolerado." (STJ. 1ª Turma. RMS 43.172/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 12/11/2013).*

Cuidado, no entanto, porque o STF não faz essa "ressalva" e vem sempre decidindo, mesmo em caso de cargos policiais, que:

> *Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5°, LVII, da CF/88), a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.*
> *STF. 1ª Turma. RE 930099 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 15/03/2016.*
> *STF. 2ª Turma. ARE 1099974 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/06/2018.*

É possível a eliminação de candidato que tenha aceitado suspensão condicional do processo?

NÃO. É ilegítima a exclusão de candidato de concurso público, na fase de investigação social, apenas em virtude de existência de suspensão condicional do processo aceita.

STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1701527/RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/04/2018.

É possível a eliminação de candidato que tenha celebrado transação penal anteriormente?

NÃO. Não se afigura razoável a eliminação de candidato na fase de investigação social do concurso público, tão somente em razão do indiciamento por crime de menor potencial ofensivo, sobre o qual foi realizada transação penal. A exclusão do candidato, neste caso, importa em afronta aos princípios da presunção da inocência, razoabilidade e proporcionalidade.

A transação penal não pode servir de fundamento para a não recomendação de candidato em concurso público na fase de investigação social, uma vez que não importa em condenação do autor do fato (art. 76 da Lei n. 9.099/95).
STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1453461/GO, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 09/10/2018.
STF. 2ª Turma. ARE 915004 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/03/2016.

Se a banca examinadora, na fase de investigação social, determina que o candidato responda a um formulário sobre sua vida pregressa e este, propositalmente, omite informações, poderá ser eliminado do concurso por conta dessa conduta?

SIM. **A omissão do candidato em prestar informações, conforme determinado pelo edital, na fase de investigação social ou de sindicância da vida pregressa, enseja a sua eliminação do concurso público** (STJ. 2ª Turma. AgRg no RMS 39.108/PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23/04/2013).

É possível eliminar o candidato pelo simples fato de ele possuir seu nome negativado nos serviços de proteção de crédito (exs: SPC, SERASA)?

NÃO. É desprovido de razoabilidade e proporcionalidade o ato que, na etapa de investigação social, exclui candidato de concurso público baseado no registro deste em cadastro de serviço de proteção ao crédito (STJ. 5ª Turma. RMS 30.734/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/09/2011).

7.2.2. Prazo de validade do concurso

CF Art. 37
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;

É de até dois anos, podendo ser **prorrogado uma vez por igual período**, desde que exista previsão no edital. A decisão de prorrogar é ato discricionário do administrador.

Se a decisão é discricionária deve ser fundamentada (tanto pela prorrogação quanto pela não prorrogação), é o que dizem alguns doutrinadores. Na prática não existe essa justificação.

Só é possível a prorrogação **dentro do prazo** de validade do concurso.

STF: É possível a revogação da prorrogação, **DESDE que o prazo de prorrogação não tenha se iniciado**. Em havendo iniciado, já existe direito adquirido do administrado à prorrogação, o que inviabiliza a revogação. Ato administrativo que produziu direito, não pode ser revogado por discricionariedade da administração, é um **limite material** à revogação.

A partir da EC/19, a administração pode fazer novo concurso antes de findo o prazo de validade do concurso anterior, desde que respeite a ordem, isto é, os que foram aprovados no concurso 1 devem ser chamados primeiro.

Quando vence o prazo do concurso, não se pode continuar nomeando, isto é, a obrigação com o primeiro concurso acaba, passa-se a obrigação com o concurso 2.

7.2.3. Candidato aprovado X direito à nomeação

O candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação?

SIM. O candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público possui direito subjetivo de ser nomeado e empossado dentro do período de validade do certame.

O candidato aprovado fora do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação?

Em regra, não.

Se o candidato foi aprovado fora do número de vagas, mas durante o prazo de validade do concurso foram criados novos cargos, ele terá direito subjetivo à nomeação?

Em regra, não.

Imagine que a Administração fez um concurso para 10 vagas, tendo nomeado e dado posse aos 10 primeiros. Alguns meses depois são criadas 5 novas vagas. O prazo de validade do concurso ainda não expirou. Apesar disso, o Poder Público decide fazer um segundo concurso. Os candidatos aprovados no primeiro certame fora do número de vagas inicialmente previsto poderão exigir sua nomeação?

Em regra, não.

A situação pode ser assim definida:

REGRA: o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo durante o prazo de validade do certame anterior não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital.

EXCEÇÃO:

Haverá direito à nomeação se o candidato conseguir demonstrar, de forma cabal:

- que existe inequívoca necessidade de nomeação de aprovado durante o período de validade do certame; e
- que está havendo preterição arbitrária e imotivada por parte da administração ao não nomear os aprovados.

Hipóteses nas quais existirá direito subjetivo à nomeação

O STF listou as três hipóteses nas quais existe direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público:

1) Quando a aprovação do candidato ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

2) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

3) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Tese fixada pelo STF em repercussão geral

> *O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. STF. Plenário. RE 837311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 (repercussão geral) (Info 811).*

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João foi aprovado no cargo de Procurador na 20ª posição. O edital do concurso oferecia apenas 15 cargos. Assim, João foi aprovado fora do número de vagas. Os 15 primeiros colocados tomaram posse e começaram a exercer a função. Durante o prazo de validade do concurso, 5 Procuradores se aposentaram, ou seja, surgiram 5 novas vagas. Apesar disso, a Administração Pública não fez mais nenhuma nomeação. Quase no fim do prazo de validade do certame, o Procurador-Geral encaminhou um expediente ao Chefe do Poder Executivo relatando a existência das 5 vagas e afirmando que precisava de autorização para a realização de novo concurso porque a quantidade de Procuradores estava muito abaixo do necessário para o órgão. No expediente, o Procurador-Geral afirmou que havia dotação orçamentária para a nomeação desses novos Procuradores.

João e os outros 4 aprovados conseguiram cópia deste expediente e impetraram mandado de segurança alegando que tinham direito de ser nomeados.

O STJ concordou com o pedido dos candidatos? SIM.

> *O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária. STJ. 1ª Seção. MS 22.813-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/06/2018 (Info 630).*

O STJ entendeu que essa hipótese (surgimento de novas vagas + necessidade do provimento + inexistência de restrição orçamentária) foi prevista pelo STF como uma hipótese na qual surge o direito subjetivo à nomeação. Trata-se de situação descrita no final da ementa do julgado do STF no RE 837311. Confira:

> *(...) reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. (...) STF. Plenário. RE 837311, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015.*

7.2.4. Súmulas importantes sobre o tema

1) STJ

> *Súmula 266 - O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.*

Atenção! A Súmula 266 não se aplica para os concursos da Magistratura e do MP.

> *Info 821 – A comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz ou membro do MP deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público.*

> *Súmula 377 - O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.*

> *Súmula 552 - "O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos."*

2) STF

> *SÚMULA 683 - O LIMITE DE IDADE PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SÓ SE LEGITIMA EM FACE DO ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO, QUANDO POSSA SER JUSTIFICADO PELA NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES.*

> *SÚMULA 684 - É INCONSTITUCIONAL O VETO NÃO MOTIVADO À PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATO A CONCURSO PÚBLICO.*

SÚMULA VINCULANTE 43 *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. (Proibição da ascensão).*

SÚMULA VINCULANTE 44 *Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.*

8. ESTABILIDADE DOS SERVIDORES

8.1. INTRODUÇÃO

A estabilidade constitui o direito de o servidor permanecer no serviço público. É prevista no art. 41 da CF.

Art. 41. ***São estáveis após três anos*** *de efetivo exercício os* ***servidores nomeados para cargo de provimento efetivo*** *em virtude de* ***concurso público.*** *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
I - Em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
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.
§ 2º ***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.*
§ 3º 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.*
§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

8.2. REQUISITOS PARA ESTABILIDADE

Para o servidor adquirir estabilidade deve preencher alguns requisitos:

a) Nomeação para cargo efetivo;

b) Três anos de exercício do cargo;

c) Avaliação especial de desempenho.

8.2.1. Nomeação para cargo efetivo

Nas pessoas jurídicas de Direito Público (o que pressupõe prévia aprovação em concurso).

O emprego (público) pode existir tanto nas pessoas jurídicas de Direito público quanto nas pessoas jurídicas de direito privado (nas duas trata-se de regime celetista).

É bom lembrar que o empregado público de pessoas de direito público ***TINHA*** direito à estabilidade do art. 41. Já o empregado de pessoa privada não é servidor público (referente a pessoas públicas), por isso mesmo antes da EC/19 não tinha direito à estabilidade, estando sujeito à dispensa imotivada (com exceção da EBCT - ver acima), conforme dispõe a Súmula 390 do TST.

STF: A partir da EC/19 o cidadão tem que ser nomeado para ***CARGO EFETIVO***. Isso significa que o **empregado de pessoa jurídica de direito público** *não tem estabilidade.* De 88 a 98 o empregado público tinha direito à estabilidade, a partir da EC/19 esse empregado não tem mais direito a estabilidade no Brasil.

OBS: É possível que lei específica oferte garantias aos **empregados públicos** (como o faz a Lei Federal 9.962/00 - Administração Direta, Autárquica e Fundacional), limitando sua dispensa a casos específicos. Entretanto, em não existindo lei dessa monta, aplica-se tão somente as regras previstas na CLT, que não prevê a estabilidade.

8.2.2. Três anos de exercício do cargo

Qual a diferença entre NOMEAÇÃO, POSSE e EXERCÍCIO?

Nomeação é forma de provimento, no caso provimento originário, que significa atribuir um cargo a servidor que está entrando pela primeira vez na carreira. O candidato nomeado tem prazo de 30 dias para aceitar ou não o cargo. Essa aceitação constitui a chamada posse. Quando o candidato toma posse ocorre o que chamamos de investidura, que significa a formação da relação jurídica. Tomando posse, o candidato tem 15 dias para entrar em exercício.

Candidato nomeado que não toma posse torna a nomeação sem efeito, ou seja, o candidato sai da lista de classificação. O candidato que toma posse (constitui a investidura), mas não entra em exercício acaba por romper a relação jurídica (ocorre a desinvestidura). São duas as modalidades de desinvestidura: **exoneração** e **demissão** (natureza de pena). O caso aqui é de exoneração, pois não está a se tratar de cometimento de falta grave que enseja à demissão.

8.2.3. Avaliação especial de desempenho

Essa avaliação é disciplinada pela lei da carreira. A maioria dos cargos não existe ainda essa avaliação, entretanto as leis não foram criadas, motivo pelo qual os servidores têm ganhado a estabilidade sem a tal avaliação.

JSCF: A avaliação deve ser feita até o prazo de três anos. Se passados os três anos e não for feita a avaliação, o ***servidor adquire a estabilidade.*** Não se pode punir o servidor pela desídia da Administração.

8.3. PERDA DA ESTABILIDADE

Quatro são as formas de perda da estabilidade do art. 41 da CF/88. A saber:

Demissão por Processo administrativo, observados o contraditório e a ampla defesa, que podem resultar na demissão do servidor estável.

Demissão por Processo judicial com trânsito em julgado;

Exoneração por avaliação periódica de desempenho. Também depende de disciplina da lei complementar.

Exoneração por excesso de despesas (art. 169 da CF). Ver acima → princípio da eficiência.

9. ESTÁGIO PROBATÓRIO

Conforme as decisões do STJ, o estágio probatório deve ter seu prazo equiparado ao da aquisição de estabilidade. **Assim, vige atualmente que o estágio probatório deve ter prazo de 03 anos**.

Vale lembrar, ainda, que o ***estágio probatório***, que ocorre posteriormente à nomeação, não se confunde com ***estágio experimental***, que é pressuposto da nomeação.

CF: Redação original falava em 02 anos de exercício para estabilidade.

Lei 8.112/90 (estatuto dos servidores federais), art. 20, fala em estágio probatório de 24 meses.

EC 19/98 passa o prazo de estabilidade para três anos. A partir daí muito se discutiu sobre o prazo.

Se entender-se que os institutos são **independentes**, nada impede que os prazos sejam diferentes (era como o STJ decidia até 2010).

Se entender-se que os institutos são **interligados**, os prazos devem ser iguais, logo o art. 20 da Lei 8.112 não teria sido recepcionado pela EC.

Atualmente, é de **três anos**, conforme decisão do STJ, que decidiu que o prazo do estágio deve ser o mesmo da estabilidade.

STF e CNJ também têm entendido dessa forma.

AGU prevê 03 anos.

STJ prevê 03 anos (antes era 24 meses). Na primeira decisão, estabeleceu que são institutos diferentes podendo ter prazos diferentes, mas, a seguir o STJ mudou de

posicionamento, entendendo que o prazo deve ser de 03 anos. Diz que os institutos são **dependentes**.

STF prevê 03 anos.

10. VITALICIEDADE

A aquisição de vitaliciedade só ocorre nos termos da CF, vale dizer, não é possível que norma infraconstitucional crie ou modifique cargos vitalícios. Trata-se de um status semelhante à estabilidade, posto mais benéfico ao servidor.

Adquirem vitaliciedade os juízes, promotores, após 02 anos de exercício do cargo. Ministros do tribunal de contas tem a vitaliciedade ***imediata (concomitante à investidura).***

A perda da vitaliciedade somente decorre de **sentença judicial transitada em julgado**.

11. SISTEMA REMUNERATÓRIO

11.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Remuneração é soma da parcela fixa paga ao servidor em virtude do cargo ocupado **(vencimento**) com as demais vantagens pecuniárias (**parcela variável**). Costuma-se usar como sinônimo de remuneração o termo ***vencimentos*** (no plural).

Parcela variável é a que vai depender das condições pessoais do servidor (mestrado, quinquênio etc.).

Esse tipo de remuneração gerava muitos problemas, pois o servidor recebia o salário base X e mais um monte de parcela variável, o que gerava a dúvida sobre quais valores haveria incorporação de vantagens e tal.

Com a EC 19, passou a ser denominado "**SUBSÍDIO"** a remuneração de algumas carreiras, sendo baseado em duas premissas: **unicidade da parcela** e **obediência** a **um teto remuneratório**.

Conforme a CF, devem receber na forma de subsídio:

- Os chefes do executivo (e vices), assim como seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários estaduais e municipais).
- Membros do poder legislativo;
- Magistrados;
- Membros do MP, da Advocacia Pública (AGU) e da Defensoria pública.
- Ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas;

- Todas as carreiras policiais;
- Todos os demais servidores que estão organizados em cargo de carreira. Quanto a esses é facultativo o recebimento de subsídio.
- Procuradores Municipais

> *STF RE 663.696 - "A expressão 'procuradores' contida na parte final do inciso XI do artigo 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 90,75% do subsídio mensal em espécie dos ministros do Supremo Tribunal Federal"*

Cargo de carreira é o cargo efetivo ou vitalício que é organizado com plano de promoção funcional dentro da própria carreira.

Lembrando que é possível haver pagamento fora do subsídio. São as verbas:

Relativas aos direitos previstos no art. 39, §3º, que nada mais são que garantias trazidas dos direitos do trabalhador comum do art. 7º da CF (ex: décimo terceiro, adicional de férias etc.).

De natureza indenizatória (ex: diária, que serve para recompor despesas com deslocamentos por necessidade do serviço; ajuda de custo, que é paga ao servidor removido por necessidade de serviço, no valor de três salários).

Nenhuma dessas vantagens entra no subsídio, pois tem **caráter esporádico**, *podendo fazer com que a remuneração total ultrapasse o teto.*

Vale lembrar que todo o tipo de remuneração ou subsídio deve ser fixado por meio de LEI. Essa lei deve ser de iniciativa do ente responsável pelo pagamento dos salários: cargos do poder executivo devem ter remuneração fixada por lei de iniciativa do chefe do executivo, e assim sucessivamente. (quanto aos membros do MP seu subsídio deve ser fixado por lei de iniciativa do Procurador Geral).

Exceções onde não há fixação por meio de Lei:

Congresso Nacional fixa a remuneração do Presidente, do vice, dos Ministros de Estado, Senadores e Deputados Federais mediante ***decreto legislativo.***

Câmara Municipal fixa, mediante decreto, a remuneração dos vereadores (e somente deles).

OBS: Decreto não passa por sanção ou veto do presidente, como ocorre com a Lei.

Atenção (pegadinha): Deputado estadual e demais servidores (prefeitos e governadores) que não se encontram nas exceções acima têm remuneração fixada por lei.

11.2. TETO REMUNERATÓRIO

Explicação feita pelo Prof. Márcio Cavalcante:

A CF/88 prevê, em seu art. 37, XI, o chamado "teto remuneratório", ou seja, o valor máximo que os agentes públicos podem receber no país. O objetivo do constituinte foi o de evitar que alguns agentes públicos recebessem os chamados "supersalários", que são incompatíveis com o serviço público.

Além de um teto geral (nacional), o dispositivo constitucional prevê limites específicos para o âmbito dos Estados e Municípios (chamados de subtetos).

O teto geral do serviço público no Brasil é o subsídio dos Ministros do STF que, atualmente, está em cerca de R$ 39.293,32,00 mil (bruto).

Obs.: o Min. Teori Zavascki denomina o teto remuneratório de "teto de retribuição", expressão que pode ser cobrada em sua prova.

A quem se aplica o teto?

Aplica-se aos agentes públicos independentemente do tipo de vínculo: estatutário, celetista, temporário, comissionado, político.

O teto se aplica à Administração direta e indireta?

- Agentes públicos da administração direta: SEMPRE
- Agentes públicos das autarquias e fundações: SEMPRE
- Empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista: o teto somente se aplica se a empresa pública ou a sociedade de economia mista receber recursos da União, dos Estados, do DF ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, § 9º).

Quais as parcelas incluídas nesse limite?

Regra: o teto abrange todas as espécies remuneratórias e todas as parcelas integrantes do valor total percebido, incluídas as vantagens pessoais ou quaisquer outras.

Exceções:

Estão fora do teto as seguintes verbas:

a) parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (§ 11 do art. 37);

b) verbas que correspondam aos direitos sociais previstos no art. 7º c/c o art. 39, § 3º da CF/88, tais como 13º salário, 1/3 constitucional de férias etc.;

c) quantias recebidas pelo servidor a título de abono de permanência em serviço (§ 19 do art. 40);

d) remuneração em caso de acumulação legítima de cargos públicos.

O STJ entende que, se o servidor acumular dois cargos públicos nas hipóteses admitidas na CF/88, a remuneração de cada cargo não poderá ser superior ao teto constitucional, sendo possível, no entanto, que a soma dos dois ultrapasse esse limite (STJ. 2ª T. AgRg no AgRg no RMS 33.100/DF, Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013).

Ex.: se determinado Ministro do STF for também professor da UnB, ele irá receber seu subsídio integral como Ministro e mais a remuneração decorrente do magistério. Nesse caso, o teto seria considerado especificamente para cada cargo, sendo permitido que ele recebesse acima do limite previsto no art. 37, XI da CF se considerarmos seus ganhos globais.

Os proventos recebidos pelo agente público aposentado também estão submetidos ao teto?

Sim. A redação do art. 37, XI, menciona expressamente os proventos.

Redação do inciso XI

A redação do inciso XI do art. 37 é muito grande e um pouco confusa:

A partir da sua interpretação, podemos construir a seguinte tabela:

<table>
<tr><td colspan="3">Teto NACIONAL: subsídio dos Ministros do STF
Ninguém poderá receber acima desse valor; as Constituições estaduais e leis orgânicas podem fixar subtetos para Estados/DF e Municípios; tais subtetos também deverão respeitar o teto nacional.</td></tr>
<tr><th>Subteto na União</th><th>Subteto nos Estados/DF</th><th>Subteto nos Municípios</th></tr>
<tr><td>Subsídio dos Ministros do STF</td><td>Existem duas opções:
Opção 1 (subtetos diferentes para cada um dos Poderes):
Executivo: subsídio do Governador.
Legislativo: subsídio dos Deputados Estaduais.
Judiciário (inclui MP, Defensoria e Procuradoria): subsídio dos Desembargadores do TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF. *

Opção 2 (subteto único para todos os Poderes): o valor máximo seria o subsídio dos Desembargadores do TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF. *

O subsídio dos Deputados Estaduais/Distritais seguirá regras próprias (§ 2º do art. 27), não estando sujeito ao subsídio dos Desembargadores mesmo que se adote esta 2ª opção.

Vale ressaltar que quem define se o Estado-membro adotará subtetos diferentes ou único é a Constituição estadual.

* A CF/88 dá a entender que o subsídio dos Desembargadores e dos</td><td>Subsídio do Prefeito

Obs.: os procuradores municipais estão submetidos ao teto de 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.</td></tr>
</table>

	juízes estaduais não poderia ser maior que 90,25% do subsídio do Ministro do STF. O STF, contudo, declarou que esta interpretação é inconstitucional (STF ADI 3.854). O teto para os Desembargadores e juízes estaduais é 100% do subsídio dos Ministros do STF, ou seja, eles podem, em tese, receber o mesmo que os Ministros do STF. Vale ressaltar, no entanto, que o limite de 90,25% do subsídio dos Ministros do STF aplica-se sim para os servidores do Poder Judiciário estadual (na opção 1) e para os servidores dos três Poderes estaduais (na opção 2).	

Membros do MP, Defensoria Pública e Procuradoria

O legislador constituinte decidiu que os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria, para fins de teto remuneratório, não deveriam estar submetidos aos limites impostos aos servidores do Poder Executivo.

Explicando melhor. Conforme vimos na opção 1 do quadro acima, a remuneração dos servidores do Poder Executivo está limitada ao subsídio do Governador (esse é o subteto dos servidores do Executivo).

O inciso XI do art. 37 disse, contudo, o seguinte: o subsídio dos membros do MP, da Defensoria Pública e da Procuradoria não precisa respeitar o teto imposto ao Poder Executivo. Os membros dessas três carreiras deverão estar vinculados ao teto imposto ao Poder Judiciário. Em outras palavras, como essas três funções são também essenciais à Justiça, para fins de teto remuneratório, o inciso XI decidiu vinculá-los à Magistratura.

Assim, o teto para o membro do MP estadual, para o Defensor Público estadual e para os Procuradores é o subsídio dos Desembargadores do TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF. É o que prevê a parte final do inciso XI. Veja:

> *Art. 37 (...)*
> *XI –(...)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 subsidio 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003)*

Essa regra do inciso XI que diz que o teto dos Procuradores é o do Poder Judiciário, aplica-se também aos Procuradores do Município?

A interpretação puramente literal não resolve a dúvida, havendo argumentos para as duas soluções:

• Argumento favorável à aplicação aos Procuradores do Município: o fato de o inciso XI utilizar uma expressão genérica "Procuradores", não restringindo aos Procuradores do Estado e do DF.

• Argumento contrário: o fato de essa regra estar na parte em que o inciso está tratando do teto nos Estados-membros.

Diante dessa polêmica, o STF foi chamado a dar a resposta ao tema. O que decidiu a Corte? Essa regra do inciso XI que diz que o teto dos Procuradores é o do Poder Judiciário, aplica-se também aos Procuradores do Município?

SIM.

> *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.*
> *STF. Plenário. RE 663696/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/2/2019 (Info 932).*

Concursados e organizados em carreira

Apesar de não ter constado na tese fixada, no voto do Relator foi feita menção a um aspecto muito importante. Para o Ministro Luiz Fux, essa equiparação entre o teto dos Procuradores do Estado/DF com os Procuradores Municipais somente é permitida se, naquele Município, os Procuradores forem concursados e organizados em carreira.

Assim, pelo voto do Relator, não seria admitido o teto de 90,25% dos Ministros do STF para advogados contratados, sem concurso público, para o exercício de funções de defesa jurídica do Município.

Essa ressalva também foi feita pelo Min. Gilmar Mendes:

"Apesar de a Constituição não fazer menção expressa aos procuradores municipais, há que se reconhecer que, quando organizados em carreira, também exercem a atribuição de advogados públicos, realizando as atividades congêneres àquelas desempenhadas pelos advogados da União e pelos procuradores federais, estaduais e distritais, prestando consultoria jurídica e representando judicial e extrajudicialmente a municipalidade".

11.3. RECEBIMENTO DE VENCIMENTOS DE BOA-FÉ E A REPETIBILIDADE

É incabível a restituição ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

Em virtude do princípio da legítima confiança, o servidor público, em regra, tem a justa expectativa de que são legais os valores pagos pela Administração Pública, porque jungida à legalidade estrita.

Assim, diante da ausência da comprovação da má-fé no recebimento dos valores pagos indevidamente por erro de direito da Administração, não se pode efetuar qualquer desconto na remuneração do servidor público, a título de reposição ao erário. Trata-se de entendimento consolidado do STJ, havendo inúmeros precedentes no mesmo sentido.

Vale a pena conhecer também o entendimento do TCU, que é parecido com o do STJ, apesar de um pouco mais rigoroso com o servidor ao exigir que o erro seja escusável.

12. ACUMULAÇÃO DE CARGOS

12.1. PREVISÃO

No Brasil vige o regime da não acumulação remunerada de cargos. É a regra. Excepcionalmente pode haver acumulação, nas hipóteses previstas na CF/88, em seu art. 37, XVI e XVII e art. 38, as quais veremos a seguir.

> *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:*
> *XVI - é **vedada a acumulação remunerada de cargos públicos**, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.*
> *a) a de dois cargos de professor;*
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;*
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, **e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público**;*

Quando se fala em acumulação, estamos falando de cargos, empregos públicos e funções públicas na Administração Direta e Indireta, inclusive empresas estatais.

Quando se permite a excepcional acumulação, ela é limitada a DOIS cargos, empregos ou funções e SEMPRE está condicionada à compatibilidade de horários.

Ademais, estamos nos referindo a cargos e empregos PÚBLICOS, quanto a empregos privados não há limitação, desde que haja compatibilidade funcional e de horário (exemplo de incompatibilidade funcional: juiz e advogado).

A posição mais atual e majoritária é no sentido de que é possível a acumulação de cargos mesmo que a jornada semanal ultrapasse 60h:

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.
O único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública.
STF. 1ª Turma. RE 1.094.802 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/5/2018.
STF. 2ª Turma. RMS 34257 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/06/2018.
STJ. 2ª Turma. REsp 1.746.784-PE, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23/08/2018 (Info 632).

12.2. SITUAÇÕES EM QUE A ACUMULAÇÃO É POSSÍVEL

Lembrando que em qualquer caso precisa haver compatibilidade de horários e a remuneração total **não pode ser superior ao teto geral.**

Veremos aqui as seguintes hipóteses:

a) Atividade + atividade;

b) Inatividade + inatividade;

c) Inatividade + atividade;

d) Inatividade + cargo eletivo;

e) Inatividade + cargo em comissão;

f) Atividade + cargo eletivo.

12.2.1. Atividade + atividade

Somente nas seguintes hipóteses:

- 02 de professor;
- 01 de professor e 01 de técnico ou científico (juiz, médico, delegado, promotor) → o nome do cargo não interessa: o que interessa é a qualificação necessária para o cargo, ou seja, formação técnica ou científica;

Importante!

É possível a acumulação de um cargo público de professor com outro de intérprete e tradutor da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).
STJ. 2ª Turma. REsp 1.569.547-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 15/12/2015 (Info 575).

O STJ reconheceu que tradutor e intérprete de LIBRAS é um cargo "técnico" para fins de enquadramento na exceção constitucional. Isso com fulcro nos arts. 6º e 7º da Lei nº 12.319/2010, que regulamenta a profissão. A legislação brasileira reconhece a Língua Brasileira de Sinais – Libras como um sistema linguístico de comunicação, cuja formação profissional deve ser fomentada pelo poder público para fins de viabilizar a comunicação com a pessoa portadora de deficiência e, consequentemente, promover sua inclusão nas esferas sociais.

- 02 na área da saúde com profissão regulamentada por lei (antigamente falava-se em 02 médicos).

O Auditor Fiscal do Trabalho, com especialidade em medicina do trabalho, não pode cumular o exercício do seu cargo com outro da área de saúde.
STJ. 1ª Turma. REsp 1.460.331-CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acd. Min. Gurgel de Faria, julgado em 10/04/2018 (Info 625).

As funções do Auditor Fiscal do Trabalho, com especialidade em medicina do trabalho não se relacionam diretamente à prestação de serviços médicos à população.

Os Auditores Fiscais do Trabalho são agentes do Estado que analisam as condições de trabalho, as situações das empresas, liberando estas ou fazendo-lhes exigências de ajustes, funções que não são específicas do cargo de Médico (art. 11 da Lei nº 10.593/2002).

Assim, o fato de haver cargo de Auditor Fiscal, com exigência de pós-graduação na área de medicina do trabalho não significa que seus ocupantes – obrigatoriamente médicos – estejam exercendo a medicina propriamente dita. O simples fato de se exigir essa especialização não faz com que se possa considerar a carreira de Auditor como sendo igual à de Médico.

12.2.2. Inatividade + inatividade

Pode haver acumulação de proventos exatamente nos mesmos termos das possibilidades de acumulação de cargos ativos, ou seja, desde que os proventos se refiram a cargos que em atividade pudessem ser acumulados. **Ou seja, pode acumular INATIVIDADE + INATIVIDADE nas hipóteses permitidas para a ATIVIDADE + ATIVIDADE.**

A acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos de profissionais da área de saúde legalmente exercidos, nos termos autorizados pela CF, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos ser considerados isoladamente para esse fim**.**

O STJ, apreciando situações de pessoas aposentadas, vem decidindo que, nos casos de acumulação, os cargos devem ser considerados isoladamente para efeitos do teto. Assim, a remuneração de cada cargo não pode ser superior ao teto, sendo possível que a soma dos dois ultrapasse esse limite.

12.2.3. Inatividade + atividade

Sujeito que se aposentou faz concurso e volta à atividade. Pode acumular desde que o provento se refira a um cargo acumulável com a nova atividade, nos mesmos termos vistos acima.

Exemplo: Se aposentou como professor e agora passou para concurso de juiz (art. 37, §10).

> *Art. 37 § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.*

ATENÇÃO!

Maria é empregada pública federal aposentada. Como se aposentou cedo e ainda está cheia de vitalidade, ela decide que deseja continuar trabalhando e, por isso, se inscreve no processo seletivo aberto pelo Ministério do Meio Ambiente para contratar servidores temporários.

A empregada pública aposentada poderá ser contratada e receber, ao mesmo tempo, os proventos da aposentadoria e também a remuneração proveniente do serviço temporário?

SIM. É possível a cumulação de proventos de aposentadoria de emprego público com remuneração proveniente de exercício de "cargo" temporário.

O § 3º do art. 118 da Lei 8.112/90 proíbe apenas a acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo ou emprego público efetivo.

Os servidores temporários contratados sob o regime do art. 37, IX, não estão vinculados a um cargo ou emprego público, exercendo apenas uma função administrativa temporária (função autônoma, justamente por não estar vinculada a cargo ou emprego).

Além disso, ainda que se considere que isso é um "cargo" público, não se trata de cargo público efetivo já que as pessoas são selecionas mediante processo seletivo simplificado e irão exercer essa função por um prazo determinado, não possuindo direito à estabilidade.

Em suma, não é cargo; mas mesmo que fosse, não seria cargo efetivo.

Ademais, a aposentadoria da interessada se deu pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS (ela era empregada pública), não se lhe aplicando, portanto, o disposto no § 10 do art. 37 da CF/88, segundo o qual "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". Isso porque a aposentadoria dos empregados públicos, concedida no regime do RGPS, é disciplinada não pelo art. 40 da CF/88, mas sim pelo art. 201. Logo, não se pode atribuir interpretação extensiva em prejuízo do empregado público aposentado pelo RGPS.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.298.503-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/4/2015 (Info 559).

12.2.4. Inatividade + cargo eletivo

Pode acumular qualquer **provento** com qualquer subsídio eletivo (art. 37, §10).

> *Art. 37 § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

12.2.5. Inatividade + cargo em comissão

Pode acumular. Exemplo: Juiz aposentado pode exercer o cargo de Ministro de Estado (art. 37, §10).

OBS: A inatividade tratada nos casos acima se refere à aposentadoria pelo Regime Próprio (especial) dos servidores, vale dizer, quanto àqueles aposentados pelo INSS não há restrição.

Até a EC 20 o sujeito aposentado podia tudo, aposentado no primeiro, poderia ter qualquer segundo. Exemplo: Recebia provento de juiz aposentado + subsídio de promotor. Era como se fosse desconsiderada a situação de aposentado. Inclusive todos os casos constituídos nessa situação antes da EC 20 (art. 11 da EC) são considerados direitos adquiridos e foram mantidos.

12.2.6. Atividade + cargo eletivo

Art. 38 da CF/88. Temos as seguintes situações:

Se mandato estadual, distrital e federal: Não pode acumular. Afasta-se do primeiro cargo e exerce o cargo eletivo, percebendo a **remuneração do eletivo**.

Se mandato de prefeito, não pode acumular, **podendo escolher** remuneração.

Se mandato de **vereador** e havendo compatibilidade de horário, pode acumular recebendo as duas remunerações. Não havendo compatibilidade, pode escolher a remuneração.

12.2.7. EC 77/2014

Estendeu aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c".

Havia polêmica sobre o tema, existindo uma grande parcela da doutrina afirmando que não valia para os militares, uma vez que o art. 142, § 3º, VIII, da CF/88 diz quais incisos do art. 37 se aplicam aos membros das Forças Armadas e esse dispositivo, até então, não mencionava o inciso XVI do art. 37.

Por isso, foi editada a EC 77/2014, corrigindo essa situação ao inserir, no art. 142, § 3º, VIII, a previsão expressa de que a permissão para a acumulação de cargos/empregos de profissionais da saúde aplica-se também aos militares (art. 37, inciso XVI, alínea “c”).

Não há nenhuma razão lógica ou de interesse público em se vedar, por exemplo, que um médico militar acumule essa atividade com a de professor de uma instituição pública de ensino. Vale ressaltar que essa possibilidade, apesar de não estar prevista no Texto Constitucional, já foi admitida pelo STJ (RMS 39.157-GO – vide tópico abaixo sobre o tema).

EC 77/2014 vale também para os militares estaduais

Importante destacar que, apesar de a EC 77/2014 ter modificado o art. 142, que trata sobre os “membros das Forças Armadas”, essa alteração aplica-se também aos militares dos Estados (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros) por força do § 1º do art. 42 da CF/88.

Entendimento do STJ

Importante mencionar que, mesmo antes da EC 77/2014, o Superior Tribunal de Justiça possuía alguns precedentes estendendo as hipóteses de acumulação do art. 37, XVI aos militares que não exercessem funções tipicamente militares, como é o caso dos militares profissionais da saúde.

De qualquer forma, como já dito, a modificação constitucional é salutar para espancar quaisquer dúvidas sobre o tema, até porque recentemente foi proferido um julgado da 2ª Turma do STF negando a possibilidade de acumulação (STF 2ª Turma. RE 741304 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013).

12.3. EC 101/2019

A EC 101/2019 acrescentou um parágrafo ao art. 42 da CF/88, deixando expresso que todo inciso XVI do art. 37 é aplicado aos militares estaduais. Veja a redação do dispositivo inserido:

> *Art. 42 (...)*
> *§ 3º Aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o disposto no art. 37, inciso XVI, com prevalência da atividade militar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 101/2019)*

A EC 101/2019 pode ser aplicada aos militares das Forças Armadas? NÃO. O novo § 3º do art. 42 da CF/88, inserido pela EC 101/2019, é exclusivo dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. As regras do art. 42 não se aplicam aos militares das Forças Armadas, que possuem regramento próprio no art. 142 da CF/88.

Assim, temos o seguinte cenário:

• aos militares dos Estados/DF: são permitidas as hipóteses de acumulação de cargos previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso XVI do art. 37 da CF/88;

• aos militares das Forças Armadas: somente é permitida a hipótese de acumulação de cargos tratada na alínea “c” do inciso XVI do art. 37 (“dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”).

12.4. INDENIZAÇÃO

No caso em que o servidor público foi impedido irregularmente de acumular dois cargos públicos em razão de interpretação equivocada da Administração Pública, o Estado deverá ser condenado e, na fixação do valor da indenização, não se deve aplicar o critério referente à teoria da perda da chance, e sim o da efetiva extensão do dano causado, conforme o art. 944 do CC.

Na situação em análise, o dano sofrido não advém da perda de uma chance, pois a servidora já exercia ambos os cargos quando foi indevidamente impedida de fazê-lo, sendo este um evento certo, em relação ao qual não restam dúvidas. Não se trata,

portanto, da perda de uma chance de exercício cumulativo de ambos os cargos, porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal gerou dano de caráter certo e determinado, que deve ser indenizado de acordo com sua efetiva extensão (art. 944 do CC)