2020.1

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Caderno Sistematizado Administrativo Parte II

DIREITO ADMINISTRATIVO – PARTE II

APRESENTAÇÃO 11
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 12
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS 12
2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL 12
2.1. IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO 12
2.2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA (SUBJETIVA EM ATOS DE GESTÃO, OBJETIVA EM ATOS DE IMPÉRIO) 12
2.3. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA (CULPA ANÔNIMA) 13
2.4. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA 13
2.4.1. Teoria do risco integral 14
2.4.2. Teoria do risco administrativo 14
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL 15
3.1. FUNDAMENTO 15
3.2. PESSOAS JURÍDICAS QUE RESPONDEM OBJETIVAMENTE 15
4. CONDUTA 15
5. DANO 18
6. REPARAÇÃO 18
6.1. VIA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL 18
6.2. DENUNCIAÇÃO DA LIDE? 19
7. PRAZO PRESCRICIONAL 21
7.1. EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA 21
7.2. EM FACE DAS PJ DE DIREITO PRIVADO EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA . 22
7.3. EM FACE DE AGENTE PÚBLICO PELO ESTADO 22
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 23
1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS 23
2. PROBIDADE ADMINISTRATIVA 23
2.1. PROBIDADE 23
2.2. PROBIDADE X MORALIDADE 23
2.3. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 23
2.4. FONTES (PREVISÃO) CONSTITUCIONAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 24
2.4.1. CF, art. 14, § 9º: Direito Eleitoral 24
2.4.2. CF, art. 15, V: Suspensão dos direitos políticos em relação a atos de improbidade 24
2.4.3. CF, art. 85, V: Crimes de responsabilidade do Presidente da República 24
2.4.4. CF, art. 37, §4º: Consequências dos atos de improbidade administrativa, nos termos da lei 24
3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/92 (ADI 2182) 24

4. NATUREZA DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 25
4.1. NATUREZA JURÍDICA 25
4.2. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS 25
4.2.1. Inexistência do fato ou negativa de autoria 26
4.2.2. Excludente de ilicitude 27
4.2.3. Condenação na esfera penal 27
5. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE IMPROBIDADE 27
6. SUJEITOS PASSIVOS DO ATO 28
6.1. OBSERVAÇÃO INICIAL 28
6.2. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO 28
6.3. SUJEITOS PASSIVOS PRIMÁRIOS 29
6.4. SUJEITOS PASSIVOS SECUNDÁRIOS 29
6.5. SITUAÇÕES ESPECÍFICAS 29
7. SUJEITOS ATIVOS DO ATO 30
7.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO 30
7.2. AGENTES PÚBLICOS (ART. 2º) 31
7.3. TERCEIROS (ART. 3º) 31
8. DISCUSSÃO SOBRE OS AGENTES POLÍTICOS: APLICA-SE A LIA OU NÃO? QUAL FORO COMPETENTE? 32
8.1. OBSERVAÇÃO INICIAL 32
8.2. ENTENDIMENTO DO STF 34
8.2.1. STF Reclamação 2138: agentes políticos NÃO se submetem à LIA pois se submetem à Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade) 34
8.2.2. STF Pleno Pet-QO nº 3.211/DF: aplicação da LIA aos ministros do STF e competência do próprio STF para julgamento 35
8.2.3. STF Pleno Rcl nº 6.034 MC-AgR e Petição nº 4497/AM: aplicação da LIA aos prefeitos/agentes políticos municipais 35
8.3. ENTENDIMENTO DO STJ 35
8.3.1. Rcl 2.790/SC 35
8.3.2. AgRg na Rcl 12.514-MT: 36
8.4. CONCLUSÃO 37
9. ATO DE IMPROBIDADE PROPRIAMENTE DITO 37
9.1. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ART. 9º) 38
9.1.1. Previsão legal 38
9.1.2. Análise do dispositivo 39
9.1.3. Exemplos de enriquecimento ilícito 39
9.2. ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10) 40

9.2.1. Previsão legal ... 40
9.2.2. Análise do dispositivo ... 41
9.2.3. Exemplos de dano/prejuízo ao erário ... 42
9.2.4. Jurisprudência ... 42
9.3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO (ART. 10-A) ... 43
9.4. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTEM EM VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 11) ... 46
9.4.1. Previsão legal ... 46
9.4.2. Análise do dispositivo ... 47
9.4.3. Exemplos de violação de princípios da administração ... 48
9.4.4. Jurisprudência ... 49
10. ATO DE IMPROBIDADE X PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS ... 50
11. IMPROBIDADE X DANO AO ERÁRIO ... 52
12. SANÇÕES APLICÁVEIS AOS ATOS DE IMPROBIDADE (art. 12) ... 52
12.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ... 52
12.2. SANÇÕES PELO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ... 53
12.3. SANÇÕES PELO DANO AO ERÁRIO ... 54
12.4. SANÇÕES PELA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO ... 54
12.5. SANÇÃO DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO ... 56
12.6. QUADRO ESQUEMÁTICO ... 56
13. AÇÃO DE IMPROBIDADE ... 57
13.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ... 57
13.2. LEGITIMIDADE (AD CAUSAM) ATIVA ... 57
13.3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE IMPROBIDADE ... 58
13.3.1. Competência em razão da pessoa ... 58
13.3.2. Competência em razão da matéria ... 58
13.3.3. Competência territorial ... 59
13.4. DA DECISÃO QUE RECEBE A PETIÇÃO INICIAL ... 59
13.5. MEDIDAS CAUTELARES ... 60
13.5.1. Afastamento de cargo ... 60
13.5.2. Medidas cautelares reais ... 60
13.6. VEDAÇÃO DA TRANSAÇÃO, ACORDO, CONCILIAÇÃO ... 64
13.7. DESTINAÇÃO DOS VALORES (ART. 18) ... 65
13.8. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE (ART. 23) ... 66
13.9. PROCEDIMENTO ... 67

13.10. PETIÇÃO INICIAL (INQUÉRITO CIVIL) 67
13.11. NOTIFICAÇÃO (ART. 17 §7º) 68
13.12. DEFESA PRELIMINAR EM 15 DIAS 68
13.13. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EM 30 DIAS (ART. 17 §8º) 69
13.14. DECISÃO DEVE SER FUNDAMENTADA 69
13.15. PROVAS (REGIME DO CPP) 69
13.16. SENTENÇA 70
14. DA DECLARAÇÃO DE BENS (MP/MS) 70
PROCESSO ADMINISTRATIVO 72
1. INTRODUÇÃO 72
1.1. CONCEITO 72
2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO 73
2.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 73
2.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA 73
2.2.1. Contraditório 73
2.2.2. Ampla Defesa 74
2.3. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL OU MATERIAL 77
2.4. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE ou DO IMPULSO OFICIAL 78
2.5. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL 78
2.6. PRINCÍPIO DA CELERIDADE (RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO) 79
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL (Lei 9.784/99) 79
3.1. INTRODUÇÃO 79
3.2. PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS NA LEI 79
3.3. CUSTAS PROCESSUAIS 80
3.4. PRAZOS PROCESSUAIS 80
3.4.1. Regra geral 80
3.4.2. Contagem do prazo 80
3.5. ATOS PROCESSUAIS 81
3.6. INTIMAÇÃO 81
4. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 82
4.1. INSTAURAÇÃO 82
4.2. INSTRUÇÃO 83
4.3. DEFESA 84
4.4. RELATÓRIO 84
4.5. JULGAMENTO E RECURSO 85
4.5.1. Prazo para julgamento 85

4.5.2. Recursos cabíveis 85
4.5.3. Contra a decisão proferida em sede de recurso hierárquico (2ª instância) cabe novo recurso? 86
4.5.4. Existe “reformatio in pejus” no recurso administrativo? 86
4.5.5. Revisão administrativa 87
4.5.6. Outros ‘recursos’ administrativos 87
5. ANULAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DE ATOS 87
6. SOBRE O PAD DA LEI 8.112/90 88
6.1. PAD SUMÁRIO 88
6.1.1. Sindicância 88
6.1.2. Acumulação ilegal (PAD “sumário”) 89
6.2. PAD ORDINÁRIO (PROPRIAMENTE DITO) 91
7. EXECUÇÃO DAS PENAS 91
INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE PRIVADA 93
1. INTRODUÇÃO E CONCEITO 93
2. FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL 93
3. INTERVENÇÕES ESTATAIS RESTRITIVAS DA PROPRIEDADE 94
3.1. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA 94
3.1.1. Conceito de Limitação Administrativa 94
3.1.2. Gera direito a indenização? 95
3.1.3. Controle pelo judiciário 95
3.1.4. Diferença de Limitação civil 95
3.2. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA 95
3.2.1. Previsão legal e conceito de Servidão Administrativa 95
3.2.2. Diferença para Servidão Civil 96
3.2.3. Indenização 96
3.2.4. Procedimento 96
3.2.5. Extinção da Servidão Administrativa 97
3.2.6. Principais características da servidão administrativa (JSCF) 97
3.2.7. Diferenças: Limitação Administrativa x Servidão Administrativa 97
3.3. TOMBAMENTO 97
3.3.1. Previsão legal e conceito de Tombamento 97
3.3.2. Classificação do Tombamento 98
3.3.3. Competência material para o Tombamento 99
3.3.4. Competência legislativa para o Tombamento 99
3.3.5. Instituição do Tombamento 100

3.3.6. Efeitos do tombamento 100
3.3.7. Indenização pelo Tombamento 102
3.4. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA 102
3.4.1. Previsão legal e conceito de Requisição Administrativa 102
3.4.2. Instituição e extinção 103
3.4.3. Principais características da Requisição administrativa 103
3.4.4. Diferenças: Limitação Administrativa x Requisição Administrativa 103
3.4.5. Diferenças: Requisição Administrativa x Servidão Administrativa 103
3.5. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA (ART. 36 DO DL 3.365/41) 103
3.5.1. Previsão legal e conceito de Ocupação Temporária 103
3.5.2. Diferenças: Ocupação Temporária x Servidão Administrativa 104
4. INTERVENÇÃO ESTATAL SUPRESSIVA NA PROPRIEDADE: A DESAPROPRIAÇÃO 104
4.1. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA 104
4.1.1. Conceito 104
4.1.2. Requisitos e “fundamento” 104
4.1.3. Pretensão possessória face à ocupação pelo poder público 105
4.1.4. Prazo prescricional da pretensão indenizatória 105
4.2. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA 107
4.2.1. Conceito e objeto 107
4.2.2. Pressupostos 107
4.2.3. Bens que não podem ser desapropriados 109
4.2.4. Natureza jurídica da desapropriação 109
4.2.5. Destinação da propriedade expropriada 109
4.2.6. Indenização 109
5. COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE DESAPROPRIAÇÃO 110
5.1. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DESAPROPRIAÇÃO 110
5.2. COMPETÊNCIA PARA DECLARAR O FUNDAMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO 110
5.3. COMPETÊNCIA PARA EFETIVAR/EXECUTAR/PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO 111
6. ESPÉCIES DE DESAPROPRIAÇÃO DIRETA 112
6.1. DESAPROPRIAÇÕES ORDINÁRIAS 112
6.1.1. Necessidade pública (DL 3.365/41) 112
6.1.2. Utilidade pública (DL 3.365/41) 113
6.1.3. Interesse social (Lei 4.132/62) 114
6.2. DESAPROPRIAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS 115
6.2.1. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (“Desapropriação rural”) 116

6.2.2. Desapropriação por interesse social para fins de reforma urbana (“Desapropriação Urbanística” ou ‘para plano diretor’) 117
6.3. DESAPROPRIAÇÃO-CONFISCO (OU CONFISCATÓRIA) 119
6.4. “DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL” 119
7. PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO (DL 3.365/41) 120
7.1. FASE DECLARATÓRIA 120
7.1.1. Declaração Expropriatória 120
7.1.2. Efeitos da Declaração Expropriatória 121
7.1.3. Prazo de caducidade do ato declaratório 121
7.2. FASE EXECUTÓRIA 122
8. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO 122
8.1. CONCEITO 122
8.2. PERÍCIA 122
8.3. CONTESTAÇÃO 122
8.4. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE 123
8.4.1. Requisitos para a imissão provisória 123
8.5. SENTENÇA 123
8.6. VALOR DA INDENIZAÇÃO 123
8.7. JUROS COMPENSATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO 124
8.7.1. Em que consistem 124
8.7.2. Qual é o termo inicial dos juros compensatórios? 124
8.7.3. Qual é a taxa dos juros compensatórios? 124
9. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES SOBRE DESAPROPRIAÇÃO 126
9.1. TREDESTINAÇÃO 126
9.2. DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA (Art. 4º DL 3365/41) 126
9.3. DIREITO DE EXTENSÃO (Art. 37 DL 3365/41) 127
9.4. INVASÃO x DESAPROPRIAÇÃO 127
BENS PÚBLICOS 128
1. VISÃO GERAL 128
1.1. CONCEITO DE BENS PÚBLICOS 128
1.2. AFETAÇÃO (CONSAGRAÇÃO) E DESAFETAÇÃO (DESCONSAGRAÇÃO) 128
1.3. DOMÍNIO IMINENTE 129
2. CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS 129
2.1. QUANTO À TITULARIDADE 129
2.1.1. Bens federais 129
2.1.2. Bens estaduais/distritais 130

2.1.3. Bens municipais 130
2.2. QUANTO À DESTINAÇÃO 131
2.2.1. Bens de uso comum do povo (bens do domínio público) 131
2.2.2. Bens de uso especial (bens do patrimônio administrativo INDISPONÍVEL) 132
2.2.3. Bens dominicais ou dominiais (bens do patrimônio administrativo DISPONÍVEL) 132
2.3. QUANTO À DISPONIBILIDADE 133
2.3.1. Bens indisponíveis por natureza 133
2.3.2. Bens patrimoniais indisponíveis 133
2.3.3. Bens patrimoniais disponíveis 133
3. REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS 134
3.1. IMPRESCRITIBILIDADE (ABSOLUTA) 134
3.2. IMPENHORABILIDADE (ABSOLUTA) 140
3.3. INALIENABILIDADE (RELATIVA) 143
3.3.1. Noção geral 143
3.3.2. Afetação/Desafetação (não se confunde com alienação) 144
3.3.3. O que é necessário para que um bem possa ser alienado? 144
3.3.4. Observações finais sobre a alienação dos bens públicos (resumo) 147
3.4. NÃO ONERABILIDADE 147
4. AQUISIÇÃO DOS BENS PÚBLICOS 148
4.1. VISÃO GERAL DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO 148
4.2. FORMAS DE AQUISIÇÃO EM ESPÉCIE 148
4.2.1. Contratos 148
4.2.2. Usucapião 149
4.2.3. Desapropriação 149
4.2.4. Direito hereditário 149
4.2.5. Execução 149
4.2.6. Determinação legal 150
4.2.7. Acessão natural 150
4.2.8. Reverão 151
5. USO DE BEM PÚBLICO 151
5.1. QUEM PODE USAR O BEM PÚBLICO 151
5.2. USO DO BEM PÚBLICO CONFORME SUA DESTINAÇÃO 151
5.3. GENERALIDADE DO BEM PÚBLICO (CONDIÇÕES E/OU FORMAS E MODOS DE USO) 151
6. USO PRIVATIVO DE BEM PÚBLICO 152
6.1. INTRODUÇÃO 152
6.2. AUTORIZAÇÃO DE USO DE BEM PÚBLICO 153

6.3. PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO 153
6.4. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO 154
6.5. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO 155
6.6. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA 155
6.7. CESSÃO DE USO 155
7. COMENTÁRIOS AO ART. 20 DA CF (BENS DA UNIÃO) 155
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO 158
1. INTRODUÇÃO 158
2. CONTROLE POLÍTICO 158
3. CONTROLE ADMINISTRATIVO 158
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 158
3.2. CONCEITO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 159
3.3. NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO LEGAL DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 159
4. CLASSIFICAÇÃO/ESPÉCIES DE CONTROLE 159
4.1. QUANTO AO ÓRGÃO QUE REALIZA O CONTROLE (*CABM, DI PIETRO*) / QUANTO À EXTENSÃO DO CONTROLE (*JSCF*) 159
4.1.1. Controle interno ou autocontrole 159
4.1.2. Controle externo ou heterocontrole 160
4.2. QUANTO AO ASPECTO CONTROLADO (*CABM* e *DI PIETRO*) / QUANTO AO OBJETO (*DIÓGENES GASPARINI*) / QUANTO À NATUREZA DO CONTROLE (*JSCF*) 160
4.2.1. Controle de legalidade 160
4.2.2. Controle de mérito (conveniência e oportunidade) 161
4.3. QUANTO AO MOMENTO (*CABM* e *DI PIETRO*) = QUANTO À OPORTUNIDADE (*JSCF*) ... 164
4.3.1. Controle prévio 164
4.3.2. Controle concomitante (sucessivo) 164
4.3.3. Controle posterior (corretivo/subsequente) 165
4.4. QUANTO AO FUNDAMENTO DO CONTROLE (*CABM*) 165
4.4.1. Hierárquico (JSCF: por subordinação) 165
4.4.2. Finalístico (JSCF: por vinculação) 165
4.5. QUANTO À INICIATIVA (*JSCF*) 165
4.5.1. De ofício 165
4.5.2. Provocado 165
4.6. QUANTO À NATUREZA DO CONTROLADOR 165
5. CONTROLE ADMINISTRATIVO (OU EXECUTIVO) 165
5.1. DIREITO DE PETIÇÃO 166
5.2. CONTROLE MINISTERIAL 167

5.3. HIERARQUIA ORGÂNICA (JSCF) / FISCALIZAÇÃO HIERÁRQUICA (CABM) 167
5.4. CONTROLE SOCIAL 167
5.5. INSTRUMENTOS LEGAIS 168
5.6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS (‘LATO SENSU’) 168
5.6.1. Considerações gerais sobre os recursos administrativos 168
5.6.2. Efeitos dos recursos administrativos 168
5.6.3. Prazo para o recurso administrativo 169
5.6.4. Espécies de recursos administrativos 169
5.6.5. Coisa julgada administrativa 172
5.6.6. Prescrição administrativa 172
5.6.7. Arbitragem 172
6. CONTROLE LEGISLATIVO (OU PARLAMENTAR) 173
6.1. CONTROLE POLÍTICO PELO LEGISLATIVO 174
6.2. CONTROLE FINANCEIRO PELO LEGISLATIVO 175
6.3. INSTRUMENTOS DE CONTROLE DO LEGISLATIVO 175
6.3.1. Tribunal de Contas 175
6.3.2. CPI (aprofundar em constitucional) 178
6.3.3. Sustação dos atos normativos que exorbitem o poder regulamentar 178
6.3.4. Convocação do administrador para prestar informações (sessão pública) 178
7. CONTROLE JUDICIAL 178
7.1. CONSIDERAÇÕES 178
7.2. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS (VER ADO X MI EM CONSTITUCIONAL) 178
7.3. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO (VISTO EM ATOS) 180
7.4. TEORIA DO FATO CONSUMADO 180
7.4.1. CONCEITO 180
7.4.2. ADMISSIBILIDADE 181
7.4.3. PRINCÍPIO PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA 181

APRESENTAÇÃO

Olá!

Inicialmente, gostaríamos de agradecer a confiança em nosso material. Esperamos que seja útil em sua preparação, em todas as fases. Quanto mais contato temos com uma mesma fonte de estudo, mais familiarizados ficamos, o que auxilia 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), o caderno foi complementado com doutrina (Matheus Carvalho - 2018).

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 que 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.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Hoje, no Brasil e no mundo, o Estado é sujeito responsável (nem sempre foi assim). A responsabilidade civil do Estado tem princípios mais rigorosos que a responsabilidade do direito privado. Isso ocorre porque a atividade estatal é feita de forma impositiva, o administrado é considerado o lado hipossuficiente da relação.

A responsabilidade civil baseia-se/fundamenta-se nos princípios:

- LEGALIDADE: Advém da atuação ilícita estatal.
- ISONOMIA: A responsabilidade civil do Estado também decorre de condutas lícitas, mas que provocam danos a um particular. Nesse caso, para que o prejudicado seja tratado de forma igual a todos os outros que forem beneficiados pela conduta lícita (exemplo: construção de viaduto ao lado de casa), deverá ser indenizado.

Perceba, portanto, que a responsabilidade civil do Estado, por CONDUTA LÍCITA, tem **fundamento** no **princípio da isonomia** enquanto a responsabilidade civil do Estado, por CONDUTA ILÍCITA, tem **fundamento** no **princípio da legalidade.**

2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Temos quatro principais teorias:

1) Irresponsabilidade do estado;
2) Teoria da responsabilidade com culpa (subjetiva em atos de gestão, objetiva em atos de império);
3) Teoria da culpa administrativa (culpa anônima);
4) Teoria da responsabilidade objetiva (atualmente utilizada no BR).

2.1. IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

Inicialmente, vigia a teoria da irresponsabilidade do Estado (O Rei nunca erra). Preponderava nos regimes absolutistas do século XIX.

Permaneceu a irresponsabilidade do estado no denominado **Estado Liberal**, eis que havia a limitação de atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia aquela época. Com o passar do tempo, com a implementação do **Estado de Direito**, foram atribuídos ao estado direitos e deveres, comuns às pessoas jurídicas.

2.2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA (SUBJETIVA EM ATOS DE GESTÃO, OBJETIVA EM ATOS DE IMPÉRIO)

Com o passar do tempo, o Estado passou a ser sujeito responsável: Inicialmente a responsabilidade existia somente em situações pontuais, em casos específicos de **ATOS DE GESTÃO**,

respondendo o Estado como se fosse um particular, devendo a vítima comprovar a culpa do agente provocador do dano. Em **ATOS DE IMPÉRIO** o estado responderia objetivamente.

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

Ato de Império: São aqueles em que a Administração impõe coercitivamente (imperatividade) aos administrados, que só têm a opção de cumpri-los

OBS: Segundo a maioria da doutrina brasileira, a responsabilidade estatal brasileira começou nesse estágio. Dizem esses doutrinadores que não existiu no Brasil a teoria da irresponsabilidade. No entanto, a doutrina constitucionalista marca o período imperial (Constituição imperial de 1824) como o período brasileiro onde vigeu o postulado "The King Can do no Wrong".

No CC/16 a responsabilidade estatal foi tipificada na teoria subjetiva (art. 15).

2.3. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA (CULPA ANÔNIMA)

Representou o primeiro estágio da passagem da doutrina da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva.

A partir desse momento, não mais era necessária prova da culpa subjetiva do agente, mas bastaria que a vítima provasse a **culpa do Estado** pela chamada **falta do serviço,** ou seja, deveria provar que o serviço **não foi prestado**, foi **prestado de forma ineficiente** ou foi **prestado de forma atrasada.**

Essa teoria surgiu na França e foi denominada "faute du service", sendo no Brasil conhecida como ***teoria da culpa anônima.***

Conforme veremos a seguir, essa é a modalidade de responsabilidade subjetiva que se aplica aos danos causados pelos agentes públicos decorrentes de condutas omissivas.

2.4. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A partir de 1946, surge a teoria da responsabilidade objetiva.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	RESPONSABILIDADE OBJETIVA
Só existe em condutas ILÍCITAS	Existe em condutas LÍCITAS e ILÍCITAS
Elementos: **- Conduta** **- Dano (se não há dano, é enriquecimento ilícito)** **- Nexo causal** **- Culpa ou dolo** **A vítima tinha que provar, necessariamente, a culpa do agente, o que era muito complicado, pois um agente empurrava a culpa para o outro.** **Evolui-se para a culpa do serviço (culpa anônima), em que basta a vítima**	Elementos: Conduta Dano Nexo causal Para verificar a possibilidade de excluir a responsabilidade devemos analisar duas Teorias: Risco Integral e Risco Administrativo.

provar que o serviço não foi prestado, foi prestado de forma ineficiente ou de forma atrasada. **Essa teoria surgiu na França e foi denominada "faute du service", sendo no Brasil conhecida como *teoria da culpa anônima.*** **Para excluir a responsabilidade subjetiva basta afastar um dos quatro elementos.**	

A responsabilidade objetiva do Estado pode se fundamentar em duas Teorias:

1) Teoria do risco integral;
2) Teoria do risco administrativo.

2.4.1. Teoria do risco integral

Não admite excludente.

Havendo DANO ou PREJUÍZO, **não há que se falar em excludente** da responsabilidade. O estado responde de qualquer forma. Só existe **EXCEPCIONALMENTE** no Brasil, como nos casos previstos na CF relativos a material bélico, substâncias nucleares e danos ambientais.

Assim, se o sujeito se atira em um tanque de substância nuclear, a fim de se suicidar, o Estado responde, mesmo que seja culpa exclusiva da vítima.

2.4.2. Teoria do risco administrativo

Admite excludente. **É a REGRA no Brasil.**

Conforme essa teoria, deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. E, se essa atividade administrativa é exercida em favor de todos, o ônus deve ser assim suportado (isonomia).

Nesses casos de responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo, pode-se excluir a responsabilidade do Estado somente na FALTA DE CONDUTA ou NEXO CAUSAL.

São EXEMPLOS de excludente: a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, fato de terceiro, força maior.

OBS: **Culpa concorrente** não exclui a responsabilidade. Pode apenas ser atenuada a indenização devida, na medida da culpa da vítima. Se não for possível verificar a culpa de cada um, divide-se a indenização.

José dos Santos Carvalho Filho (JSCF) diferencia: de forma alguma a ***teoria do risco administrativo*** se confunde com a ***teoria do risco integral***. Isso porque no **RISCO ADMINISTRATIVO**, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil

decorrente do risco administrativo encontra limites. No **risco integral** a responsabilidade sequer depende de nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

3.1. FUNDAMENTO

O art. 37, § 6º da CF não serve como fundamento para TODO o dever de indenizar do Estado. Esse artigo se refere apenas à responsabilidade EXTRACONTRATUAL. Existem outras formas de indenização (desapropriação, por exemplo) que são regidas por regras específicas.

> *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.*

3.2. PESSOAS JURÍDICAS QUE RESPONDEM OBJETIVAMENTE

Pessoas Jurídicas que respondem, objetivamente, pelos atos de seus agentes: são todas as pessoas jurídicas de direito público e privado que prestam serviço público, exigindo-se dessas últimas algum vínculo jurídico de delegação com o Estado.

Compõe esse grupo as pessoas jurídicas da Administração Direta, autárquica, fundacional; empresas estatais prestadoras de serviço público, concessionárias e permissionárias de serviço público, autorizatárias, fundações públicas de direito privado prestadoras de serviço público.

OBS: ficam excluídas as EP e SEM que se dediquem a exploração de atividade econômica, por força do art. 173, §1º da CF, que impõe sejam elas regidas pelas normas aplicáveis as empresas privadas. Estão sujeitas a responsabilidade subjetiva comum do Direito Civil.

> *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.*
> *§ 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.*

Casuística: Vítima atropelada por carro de autarquia.

Ação ajuizada contra a autarquia. Se a autarquia for condenada a pagar (por ato de agente seu), essa responsabilidade é chamada **responsabilidade primária.** Em não tendo dinheiro para pagar a conta, o Estado responde subsidiariamente: é a chamada **responsabilidade subsidiária**, que ocorre sempre que Estado deva responder por ato de agente de outra pessoa jurídica.

4. CONDUTA

Segundo a posição majoritária da jurisprudência:

Quando a conduta estatal é **COMISSIVA**, trata-se de RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Quando a conduta estatal é **OMISSIVA**, trata-se de RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, na modalidade **culpa administrativa** *ou* **anônima**, ou seja, a vítima deve provar a culpa na falta do serviço, na má prestação do serviço ou no atraso da prestação.

> *RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO E OMISSÃO – 2. Entendeu que a decisão em debate **não destoaria da orientação de que a responsabilidade do Estado por ato omissivo deveria ser considerada SUBJETIVA**, a depender da existência de dolo ou culpa. Após, pediu vista dos autos o Min. Gilmar Mendes. RE 136861 AgR/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 21.9.2010. (RE-136861) (informativo 601 – 2ª Turma)*

JSCF: para este doutrinador, não parece correto afirmar que nas condutas omissivas *"incide a responsabilidade subjetiva".* Apenas se trata de uma responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa, eis que a responsabilidade objetiva é um **plus** em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do que todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento.

Magistratura/PI: Caso – motorista de empresa pública estadual exploradora de atividade econômica capota caminhão transportador de óleo por falta de sinalização em rodovia federal, causando derramamento e intoxicação de açude que era fonte de água de família cuja filha mais nova acaba sendo intoxicada e morre. "A responsabilidade objetiva pela morte da menina, de acordo com a teoria da causa direta ou imediata e com precedentes do STF, seria da União, pois a ela competia sinalizar e manter as rodovias federais". ERRADO. A responsabilidade da União, se houvesse, seria do tipo subjetiva, pelo fato da falta de sinalização e manutenção na rodovia envolverem CONDUTA OMISSIVA, sendo certo que o STF e o STJ entendem que a responsabilidade do estado por omissão é subjetiva.

Analisando mais profundamente:

Para se falar em responsabilidade por OMISSÃO, em primeiro lugar deve ocorrer um descumprimento de um dever legal estatal, que traduz uma conduta ilícita.

OBS: Percebe-se que a conduta OMISSIVA passível de responsabilização sempre se configurará numa conduta ilícita.

Exemplo: Roubam meu carro. O Estado responde por isso? O Estado tem dever legal de segurança. Em tese, houve descumprimento do dever legal de segurança. Mas isso basta para a configuração da responsabilidade estatal? Vale dizer, esse caso configura uma hipótese de má prestação de serviço (ou falta do serviço)?

Para haver responsabilização estatal por falta de serviço deve-se comprovar que o serviço não foi prestado dentro de um padrão normal. Se o Estado estiver prestando no padrão normal, não há que se falar em responsabilidade. Não há como exigir que o Estado estivesse em todos os lugares ao mesmo tempo. É fatidicamente e economicamente impossível. Invoca-se aqui, como tese de não responsabilização a teoria da **reserva do possível**.

Assim, entende-se por padrão normal aquele que está de acordo com a reserva do possível, desde que assegurado o **mínimo existencial** ao cidadão.

Por fim, para se falar em responsabilidade por omissão, deve existir um dano evitável. Vale dizer: mesmo que haja omissão de dever legal por serviço prestado fora do padrão normal, se tratar-se de dano que seria impossível de evitar, não há que se falar em omissão passível de responsabilização.

Para a jurisprudência do STF e do STJ, trata-se de responsabilidade civil OBJETIVA. Assim, os familiares do preso, para serem indenizados, não precisarão provar eventual culpa/omissão da Administração Pública em caso de suicídio de detento, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva em face dos riscos inerentes ao meio em que eles estão inseridos por uma conduta do próprio Estado. (Teoria do Risco Criado).

Essa questão, inclusive, foi cobrada na segunda fase da DPE/RN.

Maurício foi encontrado morto no interior da cela do estabelecimento prisional estadual onde cumpria pena privativa de liberdade. A investigação policial concluiu que ele havia cometido suicídio. Familiares de Maurício, inconformados com a perda do ente, procuraram a Defensoria Pública para orientação sobre a possibilidade de que o Estado fosse responsabilizado pelo ocorrido.

Considerando a situação hipotética apresentada, discorra sobre a responsabilidade civil do Estado. Em seu texto devem constar

- o fundamento constitucional da responsabilização civil do Estado; **[valor: 0,40 ponto]**
- a distinção entre a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos e a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos; **[valor: 0,60 ponto]**
- a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado no caso apresentado; **[valor: 0,80 ponto]**
- o entendimento jurisprudencial do STF a respeito dessa matéria. **[valor: 0,60 ponto]**

Assim, percebemos que a comprovação da culpa administrativa ou culpa anônima (má prestação do serviço etc.) na responsabilidade subjetiva por omissão se baseia em três aspectos:

- Comprovação de descumprimento de dever legal;
- Que o serviço tenha sido prestado fora do padrão normal;
- Que o dano fosse evitável.

Casuística2: Colisão por defeito semafórico. A Responsabilidade é objetiva baseada na **teoria do risco administrativo**, pois se trata da ação de construir um cruzamento perigoso que, por si só, constitui a criação de um risco. Ou seja, o Estado assumiu o risco. Posição jurisprudencial.

OBS: há julgado no STJ que entendeu culpa concorrente dos motoristas no caso de colisão em que ambos andavam em velocidade acima do permitido, MESMO com o defeito no semáforo.

Casuística3: Preso foge de presídio, invade casa ao lado e mata a família. O Estado responde. Responsabilidade objetiva, pois o Estado colocou o presídio no meio da cidade, assumindo um risco. Atividade de risco.

Agora se o preso foge e mata um sujeito a 100 km de distância a responsabilidade passa a ser subjetiva, pois quebra o nexo de causalidade criado pela situação de risco.

Casuística4: Preso fugitivo contumaz foge e mata um sujeito a 100 km de distância. O Estado responde? Sim, e pela responsabilidade objetiva, pois o preso já é um fugitivo contumaz.

Casuística5: Um presidiário mata o outro. Há responsabilidade estatal? Sim, e dependendo da existência de risco criado pelo Estado (exemplo: superlotação) a responsabilidade será objetiva.

OBS: Na dúvida a responsabilidade é objetiva.

5. DANO

Estado muda museu de lugar e leva as lojinhas no entorno à falência. Deve responder por esse dano?

Não basta que exista um prejuízo econômico. Para o dano ser indenizável, precisa ter quatro características:

1) Jurídico: O dano deve ser jurídico, ou seja, deve haver LESÃO A UM DIREITO. O dano deve gerar a restrição ou supressão de algum outro direito individual ou coletivo. No caso acima, as lojas não tinham direito à permanência do museu.
2) Certo: Além disso, o dano deve ser certo: DETERMINADO ou DETERMINÁVEL. Exceção à Teoria da perda de uma chance, que mitiga a certeza do dano.
3) Anormal: Quando se refere à conduta lícita, o dano precisa ser ainda ANORMAL. Exemplo: Poeira de obra, buraco de obra, trânsito, poluição em cidade grande. São danos decorrentes de ato lícito e dentro da normalidade.
4) Especial: A vítima deve ser particularizada, determinada (dano específico).

6. REPARAÇÃO

6.1. VIA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL

A reparação pode se dar via administrativa ou judicial.

Pela via judicial, conforme o STJ, a vítima pode ajuizar a ação em face do Estado (teoria objetiva, em regra) ou em face do agente (teoria subjetiva). Como pensa Carvalho Filho (JSCF).

Celso Antônio (CABM) defende ser possível a propositura de demanda em face do agente e do Estado, em litisconsórcio facultativo.

Cumpre lembrar que, em sendo condenado a indenizar, poderá o Estado ajuizar ação de regresso em face do agente. No entanto, este só será condenado se tiver causado o dano culposamente (responsabilidade subjetiva).

A vítima poderá propor a ação diretamente contra o servidor causador do dano (e não contra o Estado)?

1ª corrente: NÃO STF	2ª corrente: Posição Minoritária
A vítima somente poderá ajuizar a ação contra o Estado (Poder Público). Se este for condenado, poderá acionar o servidor	A vítima tem a possibilidade de escolher se quer ajuizar a ação: • somente contra o Estado;

que causou o dano. O ofendido não poderá propor a demanda diretamente contra o agente público.	• somente contra o servidor público; • contra o Estado e o servidor público em litisconsórcio.
Para essa corrente, ao se ler o § 6º do art. 37 da CF/88, é possível perceber que o dispositivo consagrou duas garantias: • a primeira, em favor do particular lesado, considerando que a CF/88 assegura que ele poderá ajuizar ação de indenização contra o Estado, que tem recursos para pagar, sem ter que provar que o agente público agiu com dolo ou culpa; • a segunda garantia é em favor do agente público que causou o dano. A parte final do § 6º do art. 37, implicitamente, afirma que a vítima não poderá ajuizar a ação diretamente contra o servidor público que praticou o fato. Este servidor somente pode ser responsabilizado pelo dano se for acionado pelo próprio Estado, em ação regressiva, após o Poder Público já ter ressarcido o ofendido. Outro argumento invocado é o princípio da impessoalidade. O agente público atua em nome do Estado (e não em nome próprio). O servidor realiza a vontade do Estado em sua atuação. Logo, quem causa o dano ao particular é o Estado (e não o servidor).	Para essa corrente, o § 6º do art. 37 da CF/88 prevê tão somente que o lesado poderá buscar diretamente do Estado a indenização pelos prejuízos que seus agentes causaram. Isso não significa, contudo, que o dispositivo proíba a vítima de acionar diretamente o servidor público causador do dano. Dessa forma, quem decide se irá ajuizar a ação contra o agente público ou contra o Estado é a pessoa lesada, não havendo uma obrigatoriedade na CF/88 de que só ajuíze contra o Poder Público. A vítima deverá refletir bastante sobre qual é a melhor opção porque ambas têm vantagens e desvantagens. Se propuser a ação contra o Estado, não terá que provar dolo ou culpa. Em compensação, se ganhar a demanda, será pago, em regra, por meio de precatório. Se intentar a ação contra o servidor, terá o ônus de provar que este agiu com dolo ou culpa. Se ganhar, pode ser que o referido servidor não tenha patrimônio para pagar a indenização. Em compensação, o processo tramitará muito mais rapidamente do que se envolvesse a Fazenda Pública e a execução é bem mais simples.
Essa posição foi denominada de tese da dupla garantia, tendo sido adotada há alguns anos em um precedente da 1ª Turma do STF (RE 327904, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15/08/2006). No mesmo sentido, mas sem mencionar o nome "dupla garantia", existe outro precedente: RE 344133, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2008; RE 720275/SC , Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 10/12/2012.	Adotada pela 4ª Turma do STJ no REsp 1.325.862-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/9/2013 (Info 532). É minoritária É a posição também da doutrina majoritária (exs: Celso Antônio Bandeira de Melo, José dos Santos Carvalho Filho).

O STF reafirmou seu entendimento, em sede de repercussão geral. Fixando a seguinte tese:

> *A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. STF. Plenário. RE 1027633/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/8/2019 (repercussão geral) (Info 947).*

6.2. DENUNCIAÇÃO DA LIDE?

A denunciação da lide consiste em uma forma de intervenção de terceiro prevista no Direito Processual Civil, ocorrendo quando o autor ou réu de uma ação judicial, nesse caso a de indenização, chamar um terceiro, denominado denunciado, para o processo.

Na hipótese, o Estado (denunciante) chamaria o agente público causador do dano com o objetivo de cobrar dele o valor que teria que pagar à vítima caso fosse condenado. A denunciação é possível nas hipóteses previstas no art. 125 do CPC, dentre as quais uma delas decorre como fundamento do direito de regresso.

> *Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:*
> *I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;*
> *II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.*
> *§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.*
> *§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.*

A admissão ou não de denunciação da lide em responsabilidade civil do Estado é um tema muito polêmico no ordenamento nacional. Para a doutrina brasileira, a denunciação da lide não é permitida, o que se justifica com diversas razões.

Primeira razão é a de que os fundamentos são diferentes, como se vê na situação seguinte: se a vítima ajuizar a ação em face do Estado, a base dessa demanda será a teoria da responsabilidade objetiva, entretanto, quando o Poder Público traz para o processo o agente, vale lembrar que esse só responde se agiu com culpa ou dolo, portanto, o fundamento dessa segunda relação é a teoria subjetiva. Essas teorias têm elementos definidores diversos e com isso o conjunto probatório também não é o mesmo.

Para introduzir o agente no processo, o Estado terá que provar a sua culpa e dolo, prova essa que não é produzida quando da teoria objetiva, na ação em face da pessoa jurídica. Dessa forma, amplia-se o conjunto probatório, procrastinando o feito e prejudicando a vítima, sem contar que a discussão da culpa é um fato novo, que não estava presente na ação, o que também é vedado em caso de denunciação da lide.

Também prejudica a denunciação o fato de a alegação do Estado, para se defender das investidas da vítima, não ser compatível com os aspectos apresentados no processo para denunciar o agente. Convém considerar que, para o Estado trazer o agente, será obrigado a demonstrar sua culpa, o que consequentemente significa assumir a sua responsabilidade, já que a pessoa jurídica responde pelos atos dos seus agentes. Portanto, o Poder Público, ao denunciar a lide, assume a indenização.

Todavia, essa não é a orientação que prevalece na jurisprudência, especialmente no STJ, o Código de 1973 estabelecia, em seu art. 70, inciso III, a possibilidade de denunciação da lide quando se tratar de direito de regresso, o que exatamente ocorre na responsabilidade civil do Estado. Dessa maneira, o STJ admitia a possibilidade da denunciação, no entanto não há obrigação do Estado de fazê-lo, inclusive porque, ao denunciar, o ente público está assumindo sua responsabilidade. Com o novo Código de Processo Civil o tema da denunciação passou a ser previsto nos arts. 125 a 129 e não

mais traz a obrigatoriedade expressa. A parte tem o ônus de denunciar a lide, podendo exercer o direito regressivo em ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

Acontece que, mesmo assumindo a responsabilidade, muitas vezes essa atitude é benéfica para o Poder Público, que de uma só vez resolve as duas questões: paga a vítima e no mesmo processo recebe do servidor os prejuízos. Representa economia e celeridade processual, o que a torna aconselhável. Realizada a denunciação, cabe ao julgador deferir ou não o pedido, não sendo obrigado a processar se não atender aos princípios descritos.

Sob esse prisma, não havendo para o Estado a obrigação de denunciar, a opção de não chamar o servidor não gera nulidade para o processo nem compromete o direito de regresso, que pode ser exercido em ação autônoma.

7. PRAZO PRESCRICIONAL

7.1. EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

O art. 1º do DL 20.910/32 prevê o prazo de **CINCO ANOS** para exigir a reparação em face das pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (administração indireta) (Lei 9.494/97).

> *DL 20.910/32 Art. 1º - As dividas passivas da união, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em CINCO ANOS contados da data do ato ou fato do qual se originarem.***
>
> *Lei 9.494/97 Art. 1º-C. **Prescreverá em CINCO ANOS** o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.*

Não obstante a dicção legal, ATÉ 2012 prevalecia que o prazo seria de **TRÊS (03) ANOS,** conforme o art. 206 do CC, que, embora lei geral se comparada à lei que prevê o prazo quinquenal, traz regra mais benéfica à Fazenda Pública, o que foi exatamente o objetivo da Lei Especial, editada quando o prazo geral do CC/16 era de 20 anos (STJ REsp. 698.195/DF - JSCF, Carlos Roberto Gonçalves). Além disso, o próprio art. 10 do DL faz menção à manutenção de outros prazos mais benéficos à Fazenda Pública.

> *CC Art. 206. Prescreve:*
> *§ 3º Em **três anos**:*
> *V - a pretensão de reparação civil;*

Segundo o STJ, o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 é norma especial porque regula especificamente os prazos prescricionais relativos às ações ajuizadas contra a Fazenda Pública.

Por sua vez, o art. 206, § 3º, V, do Código Civil seria norma geral, tendo em vista que regula a prescrição para os demais casos em que não houver regra específica.

Logo, apesar do Código Civil ser posterior (2002), segundo o STJ, ele não teve o condão de revogar o Decreto n. 20.910/1932, tendo em vista que norma geral não revoga norma especial.

7.2. EM FACE DAS PJ DE DIREITO PRIVADO EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Quanto às ações de reparação em face das pessoas jurídicas de direito privado o prazo não há dúvida: **obedece-se ao prazo do CC (03 anos).**

7.3. EM FACE DE AGENTE PÚBLICO PELO ESTADO

A ação de regresso do Estado em face do AGENTE é imprescritível (Art. 37, §6º da CF/88). Veja, em face do **AGENTE,** no caso do dano ocasionado por **TERCEIRO ALHEIO** a administração, o prazo é o comum de três anos.

> *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:...*
> *§ 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.*

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como estudar:

1ª Fase: Lei Seca (Lei 8.429/92 – leitura severamente obrigatória!). Lei bem simples.

2ª Fase: Doutrina.

*Geralmente, na segunda fase, cai atrelado com outro assunto, como por exemplo: serviços, licitação, atos, contratos. Sempre é a improbidade com algum desses temas.

2. PROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1. PROBIDADE

A conduta proba é aquela que atende às seguintes exigências: correção de atitudes; honestidade; lealdade; boa-fé; princípios éticos e morais. Pode-se dizer que ao desrespeitar qualquer dessas exigências o Administrador incorre em improbidade administrativa.

2.2. PROBIDADE X MORALIDADE

Em que pese à divergência doutrinária, adotaremos o entendimento de Di Pietro e JSCF: moralidade e probidade são expressões que se equivalem, sendo a primeira um designativo do princípio administrativo constitucional, e a segunda um designativo da lesão a esse princípio.

2.3. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade administrativa é a expressão designativa da CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA.

Corrupção administrativa, por sua vez, traduz a ideia de **desvirtuamento da função pública** somada à violação da ordem jurídica (desrespeito às normas e princípios que regem a Administração Pública).

Resumidamente, são condutas que caracterizam ato de improbidade:

1) Aquelas que geram enriquecimento ilícito (sem causa) do administrador;

2) Exercício nocivo da função pública: ocorre quando, apesar de não enriquecer, o administrador, ao não cumprir suas obrigações, prejudica a função pública (exemplo: serventuário que dá sumiço em processo-crime de um parente).

3) Tráfico de influência (lobby, informações privilegiadas): Algo muito comum em licitações de obras públicas.

4) Atos que favorecem determinado grupo em prejuízo da coletividade: Exemplo: Asfaltamento de rua de determinada pessoa etc.

Enfim, trata-se de condutas ilegais qualificadas pela imoralidade do administrador.

2.4. FONTES (PREVISÃO) CONSTITUCIONAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.4.1. CF, art. 14, § 9º: Direito Eleitoral

Podem gerar cassação de registro.

> *CF Art. 14, §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a PROBIDADE ADMINISTRATIVA, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*

2.4.2. CF, art. 15, V: Suspensão dos direitos políticos em relação a atos de improbidade

> *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.*

2.4.3. CF, art. 85, V: Crimes de responsabilidade do Presidente da República

> *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;*

2.4.4. CF, art. 37, §4º: Consequências dos atos de improbidade administrativa, nos termos da lei

Dos quatro dispositivos, o que mais interessa ao Direito Administrativo é o **art. 37, § 4º**, que assim prevê:

> *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.*

Trata-se de uma norma de eficácia limitada, cuja regulamentação coube à Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade de Administrativa). É bom que se diga que essa lei foi um marco na Administração Pública no que se refere à busca pela moralidade nos poderes públicos.

3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/92 (ADI 2182)

A Lei 8.429/92 foi objeto de controle de constitucionalidade quanto a **vício de formalidade** (ADI 2182), o STF julgou no sentido de não haver vício, **a lei é constitucional.**

O problema foi o seguinte, o projeto saiu da Câmara e foi para o Senado, sendo emendado, deveria, portanto, voltar para a primeira casa com o escopo de manter ou não a emenda. Quando ele voltou para a Câmara, a primeira casa aprovou algo diferente do que tinha sido emendado; que nem era o que a Câmara queria no primeiro momento e nem o que a segunda casa aprovou, era uma terceira mudança. Ou seja, deveria ter novamente retornado ao Senado.

STF: esse terceiro texto aprovado pela casa estaria abrangido pelo que foi emendado pelo Senado, não há inconstitucionalidade formal.

> *Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas ISOLADA ou CUMULATIVAMENTE, de acordo com a GRAVIDADE DO FATO: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).*
>
> *Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei **INDEPENDE**:*
> *I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).*

4. NATUREZA DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1. NATUREZA JURÍDICA

Logo que a lei surgiu, muito se discutiu sobre a natureza do ilícito de improbidade. À época, alguns autores chegaram a afirmar que seria natureza penal, o que posteriormente verificou-se ser um entendimento errado.

Hoje, a questão está pacificada: O ilícito tem **NATUREZA CIVIL**, embora algumas sanções atinjam a seara política (STF ADI 2.797). Por que não é penal? A própria CF menciona que as sanções de improbidade são impostas **"sem prejuízo da ação penal cabível".**

OBS1: Essa ADI versava sobre competência por prerrogativa de foro acrescentada pelo CPP às ações de improbidade (ver abaixo), mas para tal definição de competência o STF precisou definir a natureza jurídica do ilícito de improbidade.

É perfeitamente possível que um mesmo ilícito de improbidade também configure infração penal e infração administrativa.

Ex.: Desvio de dinheiro → Crime (ação penal) + infração funcional (PAD) + ato de improbidade (ação civil de improbidade).

OBS2: A lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais) prevê a improbidade como conduta punida com demissão.

OBS3: na dúvida, chamamos somente de Ação de Improbidade. Embora a maioria entenda se tratar de uma Ação Civil Pública com certas peculiaridades, há divergência.

4.2. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Condenação por crime comum

Um dos efeitos da condenação penal pode ser a **perda da função**.

Condenação por infração funcional

Uma das consequências pode ser a **demissão do servidor**.

Condenação por ato de improbidade

Consequências possíveis: **Perda da função**; ressarcimento ao erário etc.

Conclusão: existem três processos diferentes, que produzem sanções diferentes.

Pergunta-se: É possível o agente ser condenado em uma instância e ser absolvido em outra?

Em regra, sim, pelo princípio da independência das instâncias.

Em casos excepcionais, no entanto, haverá comunicação entre as instâncias. Essa comunicação ocorre nos seguintes casos:

1) Inexistência do fato ou negativa de autoria;
2) Excludente da ilicitude;
3) Condenação na esfera penal;

4.2.1. Inexistência do fato ou negativa de autoria

1º Caso: Absolvição penal por **inexistência do fato** ou **negativa de autoria**: Nesse caso, o sujeito deve ser absolvido nas demais instâncias (Lei 8.112/90 art. 126; CC art. 935; CPP art. 66).

Absolvição penal por **insuficiência de provas** não afeta as demais instâncias.

Absolvição penal pela **ausência de dolo** quando o agente comete conduta culposa. Também não há reflexo nas demais esferas, que podem perfeitamente prever a punição pela conduta culposa (exemplo: o tipo penal exige conduta dolosa e fica comprovado no processo que o agente agiu culposamente).

Os processos NÃO penais precisam ser sobrestados enquanto corre o processo penal? Não há essa obrigatoriedade. Entretanto, tanto o administrador quanto o juízo cível podem suspender seus processos.

*8112 - Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será **afastada** no caso de absolvição criminal que negue a EXISTÊNCIA DO FATO ou sua AUTORIA.*

*CC Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a EXISTÊNCIA DO FATO, ou sobre QUEM SEJA O SEU AUTOR, quando estas questões se acharem **decididas** no juízo criminal.*

CPP Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO.

> *CPP Art. 67. **Não impedirão** igualmente a propositura **da ação civil**:*
> *I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;*
> *II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;*
> *III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.*

OBS: como dito, absolvição penal porque não cumpriu o elemento subjetivo dolo, não isenta nas outras esferas.

4.2.2. Excludente de ilicitude

2º Caso: Art. 65 do CPP. Uma vez reconhecido na área penal uma **excludente de ilicitude**, essa matéria faz coisa julgada nas demais instâncias.

Ou seja, nas demais instâncias essa questão (excludente da ilicitude) deverá ser obrigatoriamente acatada (***eficácia positiva da coisa julgada***), o que não impede que a decisão final dos processos NÃO penais seja pela condenação. É possível que um ato lícito gere responsabilização civil.

> *CPP Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

4.2.3. Condenação na esfera penal

3º Caso: A CONDENAÇÃO na esfera penal enseja o **obrigatório** reconhecimento da culpa pelo fato nas demais esferas.

É possível uma prova ser emprestada para a outra instância? Sim, perfeitamente, desde que respeitadas as garantias do devido processo legal (contraditório, ampla defesa).

5. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE IMPROBIDADE

A CF não prevê expressamente a competência para legislar sobre improbidade administrativa. Nesse silêncio, a doutrina faz um caminho inverso para definir essa competência, com base nas **sanções** ao ato de improbidade.

A lei de improbidade prevê sanções de caráter **POLÍTICO** e **CIVIL**, as quais são matérias de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, I).

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *I - **direito civil**, comercial, penal, processual, **eleitoral**, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

Por conta disso a doutrina diz que, por vias tortas, a competência para legislar sobre improbidade (em seu aspecto material) também é da União.

Nesse aspecto, portanto (direito material), a lei indiscutivelmente tem **caráter NACIONAL** e não federal. Vale lembrar que a lei também traz diversos dispositivos de natureza processual. Como o direito processual também é de competência privativa da União, nesse aspecto a lei igualmente guarda caráter nacional.

No entanto, é bom que se diga, a Lei de Improbidade apresenta também algumas regras atinentes ao Direito Administrativo, matéria que é de competência **concorrente** entre União, Estados e DF. Nesse ponto, portanto, a LIA trata-se de norma federal, sendo possível que os demais entes disciplinem a matéria de forma diversa. Exemplos desses dispositivos administrativos: art. 13; art. 14, §3º; art. 20, parágrafo único etc.

> *Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.*
> *[...]*
> *Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*
>
> *Art. 20. [...]*
> *Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*

6. SUJEITOS PASSIVOS DO ATO

6.1. OBSERVAÇÃO INICIAL

ATENÇÃO1: Confusão entre sujeito passivo e sujeito ativo.

Sujeito ativo do **ato de improbidade**: Agente público ímprobo.

Sujeito passivo do **ato de improbidade**: Ente público.

Sujeito ativo da **ação de improbidade**: Ente público (ou MP).

Sujeito passivo da **ação de improbidade**: Agente público.

ATENÇÃO2: Petição inicial de ação de improbidade. O Foco da ação deve ser o agente público; a conduta do agente público.

O foco aqui vai ser o Ato de Improbidade (Direito Material).

6.2. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

É o sujeito passivo que vai definir o palco da improbidade, vale dizer, onde poderá ocorrer o ato de improbidade.

Os sujeitos passivos são enumerados no art. 1º da Lei:

> ***Art. 1°*** *Os atos de improbidade praticados* ***por qualquer agente público, servidor ou não****, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra* ***com mais*** *de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.*

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra ***com menos*** *de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual,* ***limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.***

6.3. SUJEITOS PASSIVOS PRIMÁRIOS

1) Administração direta (UN, ES, DF, MUN);

2) Administração indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Estatais);

OBS: ***"Administração Fundacional"?*** É que na época as Fundações não eram unanimemente consideradas entes administrativos. Em 1992, havia um entendimento que a fundação pública de direito privado estaria fora da administração indireta. Essa nomenclatura foi para não haver dúvida: tanto a fundação pública de direito público como a FP de direito privado estão na administração indireta – "administração fundacional".

3) Entidade privada que o Estado haja concorrido ou concorra com MAIS de 50% do patrimônio ou receita anual (regra do caput): Aqui a ação de improbidade discutirá a totalidade do patrimônio envolvido no ato ilícito cometido.

6.4. SUJEITOS PASSIVOS SECUNDÁRIOS

1) Entidades que o Estado concorra ou tenha concorrido com MENOS de 50% do patrimônio ou da receita anual.

2) Entidades que recebam do Estado subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício (exemplo: **isenção tributária**).

Núcleo diferencial dos sujeitos secundários: Nesses casos, a ação de improbidade discutirá apenas patrimônio, nos EXATOS LIMITES da participação estatal na entidade.

Ex.: O Estado participou na PJ com menos de 50%. Desviaram 800mil da entidade. Desse 800mil, apenas 300mil eram dinheiro público. Nesse caso, o valor a ser discutido na ação será de apenas 300mil.

E os outros 500mil? O quantum que não atinge a parcela pública deve ser discutido em ação autônoma.

REGRA: Tem dinheiro público envolvido, tem ato de improbidade.

E se for exatamente 50%? A maioria da doutrina diz que deve ser no *caput*. Não há previsão legal. JSCF diz ser no parágrafo único.

6.5. SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

1) **OAB pode sofrer improbidade?** Sim, poderá entrar no caput ou no § único, dependendo do valor.

2) **SINDICATO** é cenário para improbidade administrativa? É pessoa jurídica de direito privado que recebe contribuição sindical, portanto pode ser cenário para improbidade. Exemplo: Desvio da contribuição. Geralmente fica no §único, dependendo de quanto equivale esse benefício/contribuição fiscal, pode ser o *caput*.

3) **PARTIDO POLÍTICO pode ser cenário?** Sim. Existem duas situações: Fundo partidário (puro dinheiro público) e prestações de contas do partido (dinheiro público).

4) **OS, OSCIP, SISTEMA "S", ENTIDADES DE APOIO**. Podem ser sujeitos passivos de improbidade? Perfeitamente, basta que recebam recursos públicos. Conforme a extensão dos recursos, serão enquadrados no art. 1º 'caput' ou no parágrafo único.

OBS: Essa lista dos sujeitos passivos é bem semelhante à lista dos sujeitos passivos prevista na Lei de ***Ação Popular (LAP).*** Vejamos:

> *LAP Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da* ***União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista*** *(Constituição, art. 141, § 38)****, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.***
> *§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.*
> *§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.*

Diferenciação:

Ação popular: Objetiva a anulação de ato, no máximo uma condenação por perdas e danos (Lei 4.717/65).

Ação de improbidade: Objetiva Punir/responsabilizar o agente público ímprobo.

7. SUJEITOS ATIVOS DO ATO

7.1. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

Considera-se sujeito ativo do ato de improbidade aquele que o pratica, concorre para sua ocorrência ou dele extrai vantagens indevidas.

Esses sujeitos são enumerados nos arts. 2º (AGENTES PÚBLICOS) e 3º (TERCEIROS) da Lei.

> ***Art. 2° Reputa-se agente público****, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce,* ***ainda que transitoriamente ou sem remuneração****, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou*

vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

***Art. 3°** As disposições desta lei são aplicáveis, **no que couber**, àquele que, **mesmo não sendo agente público**, **induza ou concorra** para a prática do ato de improbidade ou dele **se beneficie** sob qualquer forma direta ou indireta.*

7.2. AGENTES PÚBLICOS (ART. 2º)

1) Servidor público (estatutário ou celetista) de qualquer das entidades vistas acima.
2) Servidor de ente governamental de direito privado (empregado público das empresas estatais);
3) Particular que exerce função pública (particular em colaboração). Exemplo: Mesário, jurado, oficial de serviço notarial.
4) Empregados de concessionárias e permissionárias? Somente na condição de TERCEIROS (art. 3º), porquanto as referidas empresas, geralmente, não recebem recursos públicos.
5) Os notários e registradores estão abrangidos no amplo conceito de "agentes públicos", na categoria de "particular em colaboração com a Administração". Portanto, podem praticar improbidade administrativa;
6) O juiz e parlamentar, no exercício de suas funções, podem praticam IA;
7) Estagiário que atua no serviço público.

7.3. TERCEIROS (ART. 3º)

TERCEIROS podem praticar ato de improbidade? SIM, conforme o art. 3º da LEI.

***Art. 3°** As disposições desta lei são aplicáveis, **no que couber**, àquele que, mesmo **NÃO SENDO AGENTE PÚBLICO, induza ou concorra** para a prática do ato de improbidade ou **dele se beneficie** sob qualquer forma direta ou indireta.*

Pratica improbidade o terceiro (pessoa física ou jurídica) que induza (crie a ideia), concorra (auxilie materialmente) ou se beneficie (dolosamente) com a prática do ato. Exemplo: Empresa que concorre para a fraude em uma licitação. O ato de instigar (fomentar ideia já existente) não configura improbidade.

Conclusão: O terceiro, **isoladamente**, JAMAIS pode praticar ato de improbidade.

***Info 535 STJ** = Para que o terceiro seja responsabilizado pelas sanções da Lei n. 8.429/92 é indispensável que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato de improbidade. Assim, não é possível a propositura de ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.*

Vale lembrar que o terceiro não responde por todas as sanções previstas na Lei, mas somente naquilo que houver compatibilidade. Não há como se admitir a sanção de perda de cargo público a quem não o possui.

JSCF: Não se admite pessoa jurídica como terceiro, mas apenas seu representante ou responsável pela prática do ato lesivo ao patrimônio público.

Emerson Garcia e Pacheco Alves: Admite-se a punição de pessoa jurídica como terceiro ímprobo.

Sucessores do terceiro respondem pelo ato de improbidade? Sim, apenas quanto às sanções patrimoniais e nos limites da herança (art. 8º).

> *LIA Art. 8° O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.*

Agente de fato responde por ato de improbidade? Sim, pois o agente de fato não deixa de exercer função pública.

Atenção para as duas espécies de agente de fato:

Agente de fato PUTATIVO: Aquele sem investidura regular (exemplo: concurso fraudulento).

Agente de fato NECESSÁRIO: Aquele que ajuda em caso de guerra, calamidade etc.

Ambos respondem por improbidade, pois sempre exercem função pública, estando sujeitos à Lei.

8. DISCUSSÃO SOBRE OS AGENTES POLÍTICOS: APLICA-SE A LIA OU NÃO? QUAL FORO COMPETENTE?

8.1. OBSERVAÇÃO INICIAL

Trataremos aqui de dois temas que, sendo polêmicos e estando interligados, acabam inevitavelmente aparecendo juntos quando a jurisprudência se manifesta sobre o assunto. Portanto, levaremos em conta para análise dos entendimentos jurisprudenciais (que são importantes saber, devido a divergência na matéria) as duas seguintes premissas:

1ª PREMISSA – aplicação da LIA aos agentes políticos: *O QUE e QUEM são afinal os agentes políticos?*

Em primeiro lugar, tomemos o conceito de agente político do saudoso Hely Lopes Meirelles, já adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 228.977-2/SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 12.4.2002, e mais recentemente citado pelo Ministro Eros Grau no RE 579799/SP AgR, Dje 12.12.2008: "*Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizados, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgados, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. Nessa categoria encontram-se os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos)*."

O art. 37, §§ 4º a 6º, da Constituição Federal, matriz da Lei de Improbidade Administrativa, dispõe:

> *CF Art. 37 § 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.*

E no seu artigo 2º, a Lei nº 8.429/92, conforme vimos acima, define os sujeitos ativos próprios da improbidade administrativa:

> *"Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."*

Estes agentes políticos (não todos) respondem por crime de responsabilidade (**NATUREZA POLÍTICA-ADMINISTRATIVA**, previsão na lei 1.079 e DL 201 para prefeitos/vereadores), o que não impediria, em tese, a responsabilização por improbidade administrativa (**NATUREZA CIVIL**). No entanto, o tema ficou controvertido, eis que há sanções no ilícito de improbidade administrativa que são políticas. Portanto, estaríamos processando e punindo duas vezes na seara política, seria BIS IN IDEM. Isto procede?

2ª PREMISSA – foro competente para julgamento de agentes políticos em sede de ADI: O §2º do art. 84 do CPP, que estendia às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função em matéria penal, foi declarado inconstitucional pelo STF, por trazer regra de foro especial não contemplada na CF (ADI 2860 e 2797).

Em suma, o STF afirmou que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária não poderia prever. Desse modo, com a decisão da ADI 2797, ficou prevalecendo o entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas em 1ª instância.

Problema de AFASTAR o agente político da Lei de Improbidade: Coautores de improbidade sendo julgados separadamente pelo mesmo fato. Exemplo: Governador sendo julgado por crime de responsabilidade (pelo Tribunal Misto); assessor do governador sendo julgado pela improbidade (por juízo de 1º grau).

Quem julga os agentes políticos, no mais das vezes, são as casas legislativas. Isso gera sérias dúvidas quanto à imparcialidade desse julgamento.

Problema de JULGAR o agente político pela Lei de Improbidade: a lei 10.628 alterou o CPP, no sentido de atribuir o foro especial (mesma competência criminal) para julgamento da AI. O STF declarou a lei inconstitucional em sede de ADI. Assim, a princípio o agente político deve ser julgado em

1ª instância na AI. Permitir que um juízo de 1º grau aplique SANÇÕES POLÍTICAS às autoridades que a CF oferta foro especial para apreciação e aplicação de tais sanções não seria inconstitucional?

Exemplo: Ministro de Estado. Pela CF, ele tem foro especial tanto para o julgamento de crimes comuns quanto para crimes de responsabilidade (os quais podem implicar em perda do cargo e suspensão de direitos políticos). Seria RAZOÁVEL um juízo de primeiro grau ter competência para aplicar essas mesmas sanções, dada a gravidade da pena?

8.2. ENTENDIMENTO DO STF

8.2.1. STF Reclamação 2138: agentes políticos NÃO se submetem à LIA pois se submetem à Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade)

O MPF ajuizou uma ação de improbidade administrativa contra um Ministro de Estado. A ação foi proposta na Justiça Federal de 1ª instância, que condenou o Ministro à perda do cargo e à suspensão de seus direitos políticos. Diante dessa decisão, o requerido ingressou com uma reclamação no STF formulando a seguinte tese:

O Ministro de Estado é um agente político e os agentes políticos já respondem por crimes de responsabilidade, previstos na Lei n.° 1.079/50. As condutas previstas na Lei de improbidade administrativa em muito se assemelham aos crimes de responsabilidade trazidos pela Lei n.° 1.079/50. Logo, caso os agentes políticos respondessem também por improbidade administrativa, haveria *bis in idem*. *Nessa ocasião, o STF acolheu a tese?*

SIM. O STF decidiu que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplica aos agentes políticos quando a conduta praticada já for prevista como crime de responsabilidade (Lei n.° 1.079/50). O STF entendeu que punir o agente político por improbidade administrativa e por crime de responsabilidade seria *bis in idem* e que deveria ser aplicada apenas a Lei n.° 1.079/50, por ser mais específica (princípio da especialidade).

A Lei n.° 1.079/50 prevê crimes de responsabilidade para os seguintes agentes políticos:

1. Presidente da República;
2. Ministros de Estado;
3. Procurador-Geral da República;
4. Ministros do STF;
5. Governadores;
6. Secretários de Estado.

Segundo decidiu o STF na ocasião, para que o agente político não responda por improbidade administrativa é necessário o preenchimento de duas condições:

a) Esse agente político deverá ser uma das autoridades sujeitas à Lei n.° 1.079/50;

b) O fato por ele praticado deverá ser previsto como improbidade administrativa e como crime de responsabilidade.

8.2.2. STF Pleno Pet-QO nº 3.211/DF: aplicação da LIA aos ministros do STF e competência do próprio STF para julgamento

Não proclamou expressamente a elisão da responsabilidade por improbidade em face à sujeição ao regime dos crimes de responsabilidade, **mas inovou, fixando o foro por prerrogativa de função para o julgamento de ação de improbidade movida em face de Ministro daquela Corte, o próprio STF**, e, indo além, decretou a extinção e arquivamento do feito, o que autoriza concluir ter admitido, ainda que de modo implícito, a possibilidade de que agentes políticos respondam por atos enquadrados na LIA.

O MPF ajuizou uma ação de improbidade administrativa contra o Min. Gilmar Mendes, questionando atos por ele praticados na época em que foi Advogado Geral da União. A ação foi proposta na Justiça Federal de 1ª instância. Como o requerido era Ministro do STF, iniciou-se uma discussão sobre de quem seria a competência para julgar a causa. O STF decidiu, então, que a competência para julgar uma ação de improbidade contra um dos Ministros do Supremo seria do próprio Tribunal (Pet 3211 QO, Relator p/ Acórdão Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008).

8.2.3. STF Pleno Rcl nº 6.034 MC-AgR e Petição nº 4497/AM: aplicação da LIA aos prefeitos/agentes políticos municipais

O precedente da Rcl nº 2.138 não é aplicável aos PREFEITOS MUNICIPAIS. Assim, eles **se submetem à LIA.**

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em **17.02.2009**, manifesta-se pela competência do Juízo de primeiro grau para processar e julgar os casos de improbidade, ao argumento explícito de que o ato de improbidade difere do crime de responsabilidade.

Este é o panorama, mas devemos aguardar nova decisão do PLENO.

José dos Santos Carvalho Filho: somente tem a prerrogativa quando se discute a **perda de função** (neste caso, cargo/mandato). Porque esta exige procedimento especial. Esse entendimento tem guarida no STJ, conforme veremos abaixo.

Entendo que, atualmente, para o STF todos agentes políticos respondem por improbidade administrativa. Ministro de Estado não estaria submetido se abarcássemos o entendimento da 1ª RCL sobre o tema.

E, no caso da prerrogativa de função, o STF só se manifestou a favor no caso do julgamento de Ministro do próprio tribunal.

8.3. ENTENDIMENTO DO STJ

De igual forma a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

8.3.1. Rcl 2.790/SC

A Corte Especial do STJ, no julgamento dessa reclamação, chegou a duas conclusões importantes:

- Os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8.429/92), com exceção do Presidente da República.

- Existe foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

a) Agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa

O STJ discordou do entendimento do STF manifestado na Reclamação 2138/DF e afirmou que os agentes políticos respondem sim por improbidade administrativa, com exceção do Presidente da República. Veja trecho da ementa:

> *(...) Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. (...) (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/12/2009)*

b) Foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade

Outra conclusão do julgado foi a de que seria possível o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. Assim, segundo foi decidido, o STJ possuiria competência implícita para julgar as ações de improbidade administrativa propostas contra os agentes públicos que estivessem sob sua jurisdição penal originária.

Em outros termos, concluiu-se que, se a autoridade tivesse foro privativo no STJ em matéria criminal, teria também a prerrogativa de ser julgado no STJ em caso de ação de improbidade.

Exemplo: se fosse proposta uma ação de improbidade contra um Desembargador, contra um Conselheiro do TCE ou contra o Governador do Estado, essa ação deveria ser julgada pelo STJ. O raciocínio era o seguinte: já que o STJ tinha competência para julgar as ações penais contra esses agentes públicos, teria também, implicitamente, competência para julgar as ações de improbidade.

Confira o trecho da ementa que espelhou essa conclusão:

> *(...) norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembleia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. (...) (Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em **02/12/2009**)*

8.3.2. AgRg na Rcl 12.514-MT:

O STJ volta atrás e solidifica o entendimento de que NÃO existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa mesmo se propostas contra agentes políticos que são julgados penalmente no STJ.

Segundo decidiu a Corte Especial do STJ, "a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade." (AgRg na Rcl 12514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/09/2013).

8.4. CONCLUSÃO

Diante dessas considerações, é inarredável a conclusão de que:

9.1) Não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa (posição do STF e do STJ).

9.2) O STJ entende que os prefeitos podem responder por improbidade administrativa e também pelos crimes de responsabilidade do Decreto-Lei 201/67 (ex: REsp 1066772/MS). A ação de improbidade administrativa contra os prefeitos será julgada em 1ª instância.

9.3) Para o STJ, os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa, com exceção do Presidente da República.
Logo, é possível que os agentes políticos respondam pelos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 e também por improbidade administrativa.
Ex: é possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa em face de Governador de Estado (EDcl no AgRg no REsp 1.216.168-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 24/9/2013).

9.4) Para o STJ, a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada em 1ª instância, ainda que tenha sido proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade.
Logo, para o STJ, as ações de improbidade administrativa propostas contra:

- Governadores de Estado/DF;
- Desembargadores (TJ, TRF ou TRT);
- Conselheiros dos Tribunais de Contas (dos Estados, do DF ou dos Municípios);
- Membros do MPU que oficiem perante tribunais.

Devem ser julgadas pelo juiz de 1ª instância (e não pelo STJ).

9.5) O STF já decidiu, em 2007, que os agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei n.º 1.079/50 não respondem por improbidade administrativa (Rcl 2138/DF).
Obs: existe uma grande probabilidade de que a atual composição da Corte modifique esse entendimento.

9.6) O STF já decidiu, em 2008, que a competência para julgar ação de improbidade administrativa proposta contra Ministro do STF é do próprio STF (Pet 3211/DF QO). Entendeu-se que haveria um desvirtuamento do sistema se um juiz de grau inferior pudesse decretar a perda do cargo de um magistrado de Tribunal Superior.
Obs: penso que existem grandes chances de esse entendimento ser mantido.

9. ATO DE IMPROBIDADE PROPRIAMENTE DITO

O ato de improbidade não necessariamente corresponde a 'ato administrativo', como no exemplo do serventuário que incinera um processo do seu interesse.

O ato de improbidade também pode se configurar em meras condutas, omissões etc.

A Lei 8.429/92 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas (arts. 9º, 10 e 11). Em cada artigo (categoria) há um rol MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO de condutas de improbidade.

OBS: O Estatuto da Cidade criou uma quarta categoria de atos de improbidade: Certos atos ou omissões relativas à ordem urbanística, sendo-lhes aplicáveis as sanções da Lei 8.429/92.

> *Estatuto da Cidade - Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, nos termos da **Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992,** quando:*

9.1. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ART. 9º)

9.1.1. Previsão legal

> *Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando **ENRIQUECIMENTO ILÍCITO** auferir **qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida** em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:*
> *I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*
> *II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1° por preço superior ao valor de mercado;*
> *III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;*
> *IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;*
> *V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;*
> *VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
> *VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;*

Evolução patrimonial incompatível.

Neste caso, alguns membros do MP defendem que há inversão do ônus da prova, pois o acusado do ato de improbidade é que deverá demonstrar que adquiriu os bens licitamente. **TESE MP.**

> *VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*
> *IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;*
> *X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;*
> *XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;*
> *XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.*

É a espécie de ato mais grave, punível mais severamente.

São os atos que importam em recebimento de vantagem indevida, em razão do exercício da função, por parte dos agentes públicos ou empregados das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.

9.1.2. Análise do dispositivo

1) Objeto da tutela jurídica: Enriquecimento legítimo, justo e moral do agente.

2) Pressuposto exigível do tipo: é a percepção de vantagem patrimonial ilícita obtida pelo exercício da função.

3) Pressuposto DISPENSÁVEL: é o DANO/PREJUÍZO ao erário, como no caso do agente que recebe propina de terceiro para realizar determinada conduta que lhe favoreça.

4) Elemento subjetivo: Somente o **DOLO**.

5) Tentativa: O tipo não admite punição por TENTATIVA, como na seara penal. Só há improbidade quando consumado o ato de locupletamento ilícito.

6) Conduta: Para JSCF somente se admite ato **COMISSIVO**. No art. 10º (dano ao erário) há previsão para ato comissivo ou omissivo.

9.1.3. Exemplos de enriquecimento ilícito

Presentinhos (mimos) recebidos pelos agentes públicos. Existe legislação federal que permite o recebimento de presentes de até 100 reais. Mais que isso pode configurar ato de improbidade. Obviamente, se o presente configura uma propina para a prática de ato danoso à Administração, pouco importará o valor do mimo para que se consume ato de improbidade.

Enriquecimento incompatível com os vencimentos do agente público. Lembrando que o agente público anualmente deve declarar todos seus bens de sua propriedade, bem como ao ingressar e ao sair do serviço público. Esse enriquecimento incompatível pode configurar ato de improbidade.

Superfaturamento das compras realizadas pelos agentes públicos.

9.2. ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 10)

9.2.1. Previsão legal

> *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:*
> *I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
> *II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;*
> *V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;*
> *VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;*
> *VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; **(Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)***
> *IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;*
> *X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;*
> *XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;*
> *XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;*
> *XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.*

Quando o bem é utilizado **em favor do próprio administrador,** não se enquadra aqui, mas sim no artigo anterior (art. 9º inciso XII), pois importa enriquecimento para o administrador. Quando é utilizado em **favor de terceiros**, causa prejuízo ao erário.

> *XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;*

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.
XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; ***(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)***
*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; (****Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)***
XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; ***(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)***
XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; ***(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014****)*
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. ***(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)***
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. ***(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)***

Trata-se de 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 da Lei.

Contrato superfaturado em que o agente NÃO ganha nada entra nesse artigo, se ele teve vantagem, enquadra-se no artigo anterior.

Esse prejuízo requerido pelo artigo não é apenas o financeiro, sendo possível prejuízo ao patrimônio artístico, histórico, cultural etc. O termo “patrimônio público”, assim, deve ser entendido de maneira ampla, abarcando outros valores além dos econômicos.

9.2.2. Análise do dispositivo

1) Objeto da tutela: Preservação do Patrimônio público (em sentido amplo).

2) Pressuposto exigível: Aqui existe a necessidade de lesão aos cofres públicos.

3) Pressuposto DISPENSÁVEL: **Enriquecimento ilícito** é DISPENSÁVEL. Não é necessário que a conduta provoque o locupletamento ilícito de alguém, como no caso do agente que realiza operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares, provocando prejuízo aos cofres públicos (art. 10, VI).

4) Elemento subjetivo: Dolo ou **CULPA** (**somente aqui é previsto culpa, no art. 9 e 11 não).**

5) Conduta: COMISSIVA ou **OMISSIVA**, não se admitindo tentativa.

9.2.3. Exemplos de dano/prejuízo ao erário

Doação de patrimônio público fora das prescrições legais. As exigências para transferência do patrimônio público estão previstas no **art. 17 da Lei 8.666/93** (Lei de licitações - ver bens públicos).

O poder público tem a obrigação de exigir o cumprimento dos contratos administrativos celebrados com terceiros. Essa omissão pode gerar dano ao erário e consequentemente improbidade administrativa (negligenciar na execução de contrato).

Desídia da autoridade tributária na cobrança de tributos.

OBS: Como a lei de improbidade não prevê modalidade TENTADA, estes dois artigos anteriores (enriquecimento e prejuízo ao erário) **NÃO ficam caracterizados** quando os fatos neles descritos NÃO se consumam. Quando isto ocorrer, será possível a punição do agente por atentar contra PRINCÍPIO da administração (art. 11).

DICA: devo escolher sempre o ato mais grave, olhar para ação do agente (ele que define o ato de improbidade). Quando não for possível enquadrar no art. 9 ou 10, mesmo assim caracterizar um ato de improbidade, deverei enquadrar no art. 11 (***violação de princípio***).

9.2.4. Jurisprudência

- Para a condenação por ato de improbidade administrativa no art. 10, é indispensável a demonstração de que ocorreu efetivo dano ao erário. O Prefeito que contrata, sem licitação, empresa para fornecer material para o Município burlando o procedimento licitatório por meio da prática conhecida como fracionamento do contrato, comete ato de improbidade administrativa (art. 10, VII). Para o STJ, em casos de fracionamento de compras e contratações com o objetivo de se dispensar ilegalmente o procedimento licitatório o prejuízo ao erário é considerado presumido (in re ipsa), na medida em que o Poder Público, por força da conduta ímproba do administrador, deixa de contratar a melhor proposta, o que gera prejuízos aos cofres públicos. Segundo o art. 21, I, da Lei 8.429/92, o autor do ato de improbidade somente poderá receber a sanção de ressarcimento ao erário se ficar comprovada a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Tratando-se de fracionamento de licitação, o prejuízo ao patrimônio público é presumido, de forma que o autor do ato de improbidade poderá ser condenado a ressarcir o erário.

- Para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei n. 8.429/92 é indispensável a comprovação de que tenha havido efetivo prejuízo aos cofres públicos. Se não houver essa prova, não há como condenar o requerido por improbidade administrativa. Tendo ocorrido dispensa de licitação de forma indevida, mas não sendo provado prejuízo ao erário nem má-fé do administrador, não se verifica a ocorrência de ato de improbidade administrativa.

  Exceção: no caso da conduta descrita no inciso VII do art.10 não se exige a presença do efetivo dano ao erário. Isso porque, neste caso, o dano é presumido (dano *in re ipsa*).

9.3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO (ART. 10-A)

A LC 157/2016 alterou a Lei nº 8.429/92 e criou uma quarta espécie de ato de improbidade administrativa. Veja o novo artigo que foi inserido na Lei de Improbidade:

> *Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela LC 157/2016)*

Uma lei complementar (LC 157/2016) poderia ter alterado uma lei ordinária (Lei nº 8.429/92)?

As leis complementares são editadas para regulamentar determinados assuntos nos quais a própria Constituição Federal exigiu que fossem tratados por meio de lei complementar. O objetivo do constituinte foi o de que tais temas pudessem ser mais bem discutidos pelo Congresso Nacional e, por essa razão, condicionou-se a aprovação a um quórum maior (maioria absoluta) do que aquele necessário para as leis ordinárias (maioria simples).

Se a Constituição Federal não exige expressamente lei complementar para regulamentar o tema, isso significa que a lei ordinária poderá tratar sobre esse assunto.

Vejamos dois exemplos:

O art. 156, III e § 3º da CF/88 exige que lei complementar trate sobre o ISS. Veja:

> *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
> *III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*
> *(...)*
> *§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:*
> *I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;*
> *(...)*
> *III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.*

Isso significa que os temas relacionados com o ISS deverão ser previstos em lei complementar.

Por outro lado, a CF/88, ao falar sobre improbidade administrativa, diz que este tema deverá ser regulado por meio de lei (sem exigir lei complementar). Logo, o tema "improbidade administrativa" não é reservado para lei complementar. Confira:

> *Art. 37 (...) § 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.*

A LC 157/2016 trata sobre dois assuntos:

1) regulamenta aspectos relacionados com o ISS;

2) institui nova hipótese de improbidade administrativa.

Se o legislador tratasse sobre esses dois assuntos em uma única lei ordinária, haveria inconstitucionalidade formal quanto ao primeiro tema. Isso porque, como vimos, o ISS deverá ser disciplinado por meio de lei complementar. Por outro lado, não há qualquer vício no fato de o legislador ter tratado sobre improbidade administrativa no bojo de uma lei complementar, já ele poderia ter feito isso de forma até mais simples, ou seja, por meio de lei ordinária.

Vale ressaltar, no entanto, que a LC 157/2016, na parte que trata sobre improbidade administrativa, é formalmente uma lei complementar, mas, sob o ponto de vista substancial (material), é, na verdade, uma lei ordinária. Isso significa que, se no futuro o legislador quiser revogar o art. 10-A da Lei nº 8.429/92, acrescentado pela LC 157/2016, ele poderá fazer isso por meio de uma simples lei ordinária.

Em suma, o art. 4º da LC 157/2016 é materialmente uma lei ordinária porque trata de assunto (improbidade administrativa) para o qual a CF/88 não exige lei complementar.

Vamos agora entender os principais aspectos desta nova espécie de improbidade.

O que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da LC 116/2003

A LC 116/2003 é a Lei que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), tributo de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

O fato gerador do ISS é a prestação dos serviços listados no anexo da LC 116/2003.

Em outras palavras, se a pessoa praticar algum dos serviços previstos na LC 116/2003, deverá pagar ao Município/DF o imposto chamado ISS.

Exemplos: quando o médico atende o paciente em uma consulta, ele presta um serviço, sendo isso fato gerador do ISS; quando o cabeleireiro faz uma escova progressiva na cliente, ele também presta um serviço e deverá pagar ISS.

Cada Município (e o DF) deverá editar sua lei local tratando sobre o ISS. Esta lei local, contudo, não pode contrariar a LC 116/2003. Assim, a LC 116/2003 estabelece normas gerais obrigatórias que deverão ser observadas pelo ente tributante do ISS.

O art. 8ºA da LC 116/2003 prevê a alíquota MÍNIMA do ISS que os Municípios (DF) poderão cobrar:

> *Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).*

Desse modo, nenhum Município poderá instituir alíquota de ISSQN inferior a 2%.

Mas qual é o objetivo do legislador de estabelecer uma alíquota mínima?

A finalidade foi a de evitar a "guerra fiscal" que estava sendo travada entre muitos Municípios limítrofes, que reduziam as alíquotas do imposto para atraírem novas empresas prestadoras de serviços.

O legislador imaginou que os Municípios poderiam tentar burlar esta proibição do caput por meio da concessão de isenções aos prestadores de serviços. Assim, por exemplo, a alíquota do ISS no Município "X" é de 2%. No entanto, é editada uma lei local concedendo isenção do imposto para as empresas que se instalem naquela localidade e gerem até 10 empregos diretos. Com isso, o Município

teria encontrado uma forma de, indiretamente, superar a proibição do caput, já que, na prática, a alíquota será inferior a 2%. Com o objetivo de evitar esta burla, o legislador trouxe a seguinte regra no § 1º do art. 8º-A:

> *§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.*

Regra: não se pode conceder isenção, incentivo ou benefício relacionado com ISS se isso resultar em uma alíquota inferior a 2%.

Exceção: será permitida a concessão de isenção, incentivo ou benefício de ISS para os seguintes serviços:

• 7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

• 7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

• 16.01 - Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

Ato de improbidade

O legislador resolveu ser extremamente rigoroso em relação à medida imposta e determinou que constitui ato de improbidade administrativa conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário em contrariedade ao art. 8ºA, caput ou § 1º da LC 116/2003.

Ação ou omissão

Vale ressaltar que o art. 10-A afirma que configura ato de improbidade administrativa a ação ou omissão. Imagine o seguinte exemplo: determinado Município está concedendo isenção fiscal de ISS em contrariedade ao art. 8ºA da LC 116/2003. São realizadas novas eleições municipais e assume um novo Prefeito. Caso este não tome providências para fazer cessar esta isenção, responderá por ato de improbidade administrativa por conta de sua omissão.

Elemento subjetivo

Para que o agente público responda pelo ato de improbidade administrativa do art. 10-A, exige-se dolo. Assim, se o dirigente municipal agiu apenas com culpa, não poderá ser condenado pelo art. 10-A.

Segundo a jurisprudência do STJ, o ato de improbidade administrativa só pode ser punido a título de mera culpa se isso estiver expressamente previsto na lei. É o caso do art. 10 da Lei nº 8.429/92 ("Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão,

dolosa ou culposa..."). Se o tipo não fala em culpa, entende-se que ele só pune a conduta se praticada dolosamente.

Sanções

O administrador que praticar o ato de improbidade do art. 10-A está sujeito às seguintes penalidades:

• perda da função pública;

• suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos e

• multa civil de até 3 vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Município interessado na ação de improbidade

A ação de improbidade pedindo a condenação do agente público pelo art. 10-A poderá ser proposta:

• pelo Ministério Público;

• pela pessoa jurídica interessada.

O que chamo atenção, no entanto, está no fato de que a "pessoa jurídica interessada" não é apenas o Município no qual o ato de improbidade está sendo praticado. O Município que está sendo prejudicado pela concessão de isenção em desacordo com o art. 8º-A da LC 116/2003 também deve ser considerado como "pessoa jurídica interessada" e poderá propor a ação de improbidade ou intervir no processo como interessado.

Prazo de adaptação

A LC 157/2016 determinou que os Municípios/DF terão o prazo de 1 ano para revogar os dispositivos que contrariem o disposto no caput e no § 1º do art. 8º-A acima transcritos.

Assim, o caput e o § 1º do art. 8ºA da LC 116/2003, apesar de já estarem em vigor, ainda não estão produzindo efeitos. Somente produzirão efeitos a partir de 30/12/2017.

Nova hipótese de improbidade está em vigor, mas ainda não produz efeitos

De igual modo, a nova hipótese de ato de improbidade inserida no art. 10-A da Lei nº 8.429/92 e que acabamos de estudar já está em vigor, mas somente produzirá efeitos a partir de 30/12/2017. É o que prevê o § 1º do art. 7º da LC 157/2016:

> *Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*
> *§ 1º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 8º-A da Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, e no art. 10-A, no inciso IV do art. 12 e no § 13 do art. 17, todos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, somente produzirão efeitos após o decurso do prazo referido no art. 6º desta Lei Complementar.*

9.4. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTEM EM VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 11)

9.4.1. Previsão legal

*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 **(ROL EXEMPLIFICATIVO)**:*
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV - negar publicidade aos atos oficiais;
V - frustrar a licitude de concurso público;

OBS.: frustrar a licitude de processo de licitação enquadra-se nos atos que causam prejuízo ao erário.

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. ***(Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)***
IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. ***(Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)***
X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. ***(Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)***

É a espécie de ato de improbidade que gera as sanções **mais leves**. Trata-se de qualquer ação ou omissão que viole algum dos princípios gerais da Administração pública.

Em relação ao inciso X, acrescentado pela Lei 13.650/2018, salienta-se que a conduta tipificada, mesmo antes da Lei nº 13.650/2018, já poderia ser considerada ato de improbidade administrativa. Isso porque os incisos dos arts. 9º, 10 e 11 trazem rol exemplificativo. Assim, mesmo sem previsão expressa, essa transferência em desacordo com a lei representava violação ao princípio da legalidade (caput do art. 11).

9.4.2. Análise do dispositivo

1) Objeto da tutela: Observância aos princípios constitucionais.

2) Pressuposto exigível: Violação a princípio.

3) Pressuposto dispensável: São DESNECESSÁRIOS o **enriquecimento ilícito** e a l**esão ao erário**, como no caso do agente que retarda deliberadamente ato de ofício para beneficiar alguém, sem nada receber com isso e sem provocar qualquer dano aos cofres públicos. Viola, no entanto, entre outros princípios, o princípio da impessoalidade

4) Elemento subjetivo: Somente DOLO.

Esse dolo GENÉRICO abrange tanto o DOLO DIRETO como o DOLO EVENTUAL. Vale ressaltar, ainda, que o conceito de DOLO é mais amplo e complexo que o de simples voluntariedade. Assim, dolo não é sinônimo de voluntariedade. O conceito atual de dolo (e que deve ser aplicado à improbidade administrativa) é construído pelo direito penal segundo a teoria finalista da ação.

5) Conduta: COMISSIVA ou **OMISSIVA**, não se admitindo tentativa.

9.4.3. Exemplos de violação de princípios da administração

Administrador que não publica seus atos. Exemplo: Prefeito que não publica as contas. Art. 37 §1º 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: [...]*
> *§ 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.*

Administrador que publica atos com intenção de promoção pessoal (ver princípio da publicidade). Essa possibilidade exige análise do caso concreto, sempre com bom senso (STJ). Art. 37 §1º CF.

OBS: Na propaganda eleitoral o Administrador pode mencionar todas suas obras e feitos enquanto agente público. Entretanto, essas manifestações devem ser restritas à propaganda eleitoral.

Administrador que usa terceiros para promoção pessoal.

Contratação sem concurso público. Várias decisões do STJ definindo esta conduta como ato de improbidade.

Desvio de finalidade. Exemplo: remoção de servidor por interesses pessoais (vingança, punição). Viola o princípio da legalidade.

Administrador vende imóvel do município ao seu irmão, sem qualquer publicidade da licitação. Se não há enriquecimento ilícito ou danos ao erário, há violação do princípio da publicidade.

Sigilo funcional: servidor não pode sair divulgando informações privilegiadas que tem em razão do cargo.

OBS1: Se um mesmo ato viola os três artigos, deve-se aplicar sempre o mais grave (enriquecimento ilícito → dano ao erário → violação de princípio).

OBS2: a despeito de somente ser previsto DOLO/CULPA no art. 10 (dano ao erário), ao MP não agrada a ideia, principalmente no que diz respeito de no art. 11 (violação a princípio) ser cabível somente a conduta DOLOSA. Por exemplo: o administrador que nomeia em cargo de comissão um filho de um amigo, este nomeado, por sua vez é um incompetente e não publica seus atos. Houve negligência na nomeação, negligência é culpa. Quando o administrador adquire alguns aparelhos de ar condicionado, sem as formalidades legais, viola a legalidade...aí dizem que ele não teve a intenção, que não foi devidamente assessorado. O MP vem tentando enquadrar essas situações no art. 10.

OBS3: Nos casos de agente público agindo junto com terceiros, **o que define o ato de improbidade é conduta do agente público.** Exemplo: Se o agente causa dano ao erário, mas o terceiro se locupleta ilicitamente, estamos diante de ato de improbidade ao art. 10 (dano ao erário), pelo qual ambos responderão.

9.4.4. Jurisprudência

STJ (REsp 1444874/MG) - A conduta de contratar diretamente serviços técnicos **sem demonstrar a singularidade do objeto** contratado e a notória especialização, e com cláusula de remuneração abusiva, fere o dever do administrador de agir na estrita legalidade e moralidade que norteiam a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade. **É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário**. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, corroborada pelos sucessivos aditamentos contratuais, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem o procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação).

STJ (REsp 1192758-MG) - Para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/1992), é DISPENSÁVEL a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos.

STJ (AgRg no AREsp 496566/DF) - Configura ato de improbidade administrativa a propaganda ou campanha publicitária que tem por objetivo promover favorecimento pessoal, de terceiro, de partido ou de ideologia, com utilização indevida da máquina pública.

STJ (REsp 1387960-SP) - O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública cujo pedido seja a condenação por improbidade administrativa de agente público que tenha cobrado taxa por valor superior ao custo do serviço prestado, ainda que a causa de pedir envolva questões tributárias.

STJ (AgRg no REsp 1306817/AC) - Para a configuração dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei nº 8.429/92, exige-se que a conduta seja praticada por agente público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu munus público, havendo, ainda, a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos: a) conduta ilícita; b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do 11 da LIA; c) elemento volitivo, consubstanciado no DOLO de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário; d) ofensa aos princípios da Administração Pública.

STJ (REsp 1312090/DF) - Se o relatório da sindicância administrativa instaurada contra servidor público federal concluir que a infração funcional em tese praticada está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente deverá encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar (art. 154, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90). A autoridade que deixa de fazer esse encaminhamento incorre na prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92 (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”).

STJ (REsp 1403361/RN) - Configura ato de improbidade administrativa a contratação temporária irregular de pessoal (sem qualquer amparo legal) porque importa em violação do princípio constitucional do concurso público.

STJ (REsp 1414933/RJ) - Não configura ato de improbidade a conduta do agente político de intervir na liberação de preso para comparecimento em enterro de sua avó, uma vez que não está presente o dolo, ou seja, a manifesta vontade, omissiva ou comissiva, de violar princípio constitucional regulador da Administração Pública. A conduta do agente, apesar de ilegal, teve um fim até mesmo humanitário, pois conduziu-se no sentido de liberar provisoriamente o preso para que este pudesse comparecer ao enterro de sua avó, não consistindo, portanto, em ato de improbidade, em razão da ausência do elemento subjetivo do tipo, o dolo.

STJ (REsp 1414933/RJ) - Ilegalidade não é sinônimo de improbidade. O art. 11, de fato, fala que a violação ao princípio da legalidade configura ato de improbidade administrativa. No entanto, para o STJ, não é possível fazer a aplicação cega e surda do art. 11 da Lei nº 8.429/92 sob pena de toda ilegalidade ser considerada também como improbidade, o que seria absurdo.

STJ (REsp 1286466/RS) - O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho — sarcasmo, crítica, zombaria e trote —, é campanha de terror psicológico pela rejeição. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

STJ (AgRg no REsp 1382436-RN) - A ausência de prestação de contas, quando ocorre de forma dolosa, acarreta violação ao Princípio da Publicidade. Vale ressaltar, no entanto, que o simples atraso na entrega das contas, sem que exista dolo na espécie, não configura ato de improbidade. Para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, inc. VI, da Lei nº 8.429/92, não basta o mero atraso na prestação de contas, sendo necessário demonstrar a má-fé ou o dolo genérico. Assim, por exemplo, se o Prefeito não presta contas, para que ele seja condenado por improbidade administrativo será necessário provar que ele agiu com dolo ou má-fé.

STJ (REsp 1255120-SC) - Configura ato de improbidade administrativa a conduta de professor da rede pública de ensino que, aproveitando-se dessa condição, assedie sexualmente seus alunos. Isso porque essa conduta atenta contra os princípios da administração pública, subsumindo-se ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

10. ATO DE IMPROBIDADE X PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS

Mesmo que exista aprovação das contas pelo órgão de controle interno ou pelo do Tribunal de Contas, é possível a punição por ato de improbidade.

Motivo: O Tribunal de Contas não tem meios 100% eficazes de controle de contas (o TC faz análise por amostragem).

Já a rejeição das contas pelo TC, ou a aprovação com ressalvas, geram meros indícios de improbidade. O TC deve comunicar à autoridade competente para que sejam tomadas as providências cabíveis (art. 21 da Lei).

> *Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*
> *I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).*
> *II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.*

Assim, o ato de improbidade independe do que decidiu o TC e de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

1) Se o servidor público responder a processo administrativo disciplinar e for absolvido, ainda assim poderá ser condenado a ressarcir o erário, em tomada de contas especial, pelo Tribunal de Contas da União?

SIM. Segundo o STF, o Tribunal de Contas não se vincula ao resultado do processo administrativo disciplinar. As searas de atuação são diferentes. Em outras palavras, a análise do processo administrativo disciplinar é feita sob uma ótica e a tomada de contas especial analisa outros aspectos. A tomada de contas especial realizada pelo Tribunal de Contas não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário.

Nesse sentido, é a Súmula 86 do TCU:

> *Súmula 86-TCU: No exame e julgamento das tomadas e prestações de contas de responsáveis por bens e dinheiros públicos, quando se verificar qualquer omissão, desfalque, desvio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública,* ***levar-se-á em linha de conta, como ELEMENTO SUBSIDIÁRIO, o inquérito administrativo instaurado pela autoridade competente****.*

Assim, o processo administrativo disciplinar será utilizado como elemento subsidiário, mas não vincula as decisões do TCU, que, se assim comprovar, poderá tomar decisão em sentido diverso.

2) 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.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do CESPE: “No que tange às repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico, o STF entende que: quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, de modo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; por outro lado, quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa, não podendo a decisão do administrador ir de encontro à conclusão do parecer.” (item correto)

11. IMPROBIDADE X DANO AO ERÁRIO

Ressalvados os casos do art. 10, a existência de ato de improbidade NÃO pressupõe a existência de dano efetivo (art. 21 da Lei).

> *Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*
> *I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, **salvo quanto à pena de ressarcimento**;*
> *II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.*

12. SANÇÕES APLICÁVEIS AOS ATOS DE IMPROBIDADE (art. 12)

12.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para cada espécie de ato de improbidade existe uma lista de sanções. Essas penalidades vão além da previsão do art. 37, §4º da CF/88.

> *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: [...]*
> *§ 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.*

Logo que surgiu a lei, falava-se da tese da 'Aplicação de pena em bloco' (*tese MP*), vale dizer, toda a lista de sanções deve ser aplicada ao respectivo ato de improbidade.

Atualmente, essa tese não prevalece. O juiz deve analisar o caso concreto e aplicar as penas que achar suficientes para a devida punição do agente, sempre pautado pela proporcionalidade e razoabilidade.

O que o juiz jamais pode fazer é aplicar as sanções previstas para um ato como punição pela prática de outro ato.

Vejamos as espécies de sanções previstas na lei.

> *Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que **podem ser aplicadas ISOLADA ou CUMULATIVAMENTE, de acordo com a gravidade do fato:** [...]*

12.2. SANÇÕES PELO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

> *Art. 12*
> *I - na hipótese do art. 9° (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO), perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;*

1) Perda dos valores acrescidos ilicitamente;
2) Ressarcimento do dano causado ao erário (**inclusive dano moral**), se houver.
3) Perda da função do agente público;
4) Suspensão de direitos políticos por **08 a 10 anos**.

OBS: Essa suspensão de direitos políticos é mais grave que o previsto na Lei de Crimes de Responsabilidade.

5) Multa civil no valor de ATÉ 03 vezes o **valor acrescido ilicitamente** ao patrimônio do agente ímprobo.
6) Proibição de contratar e de receber benefícios fiscais e creditícios **por 10 anos** (perceba que aqui a lei não usa a palavra até)**.**

OBS: perda de função e suspensão de direitos políticos, só com sentença transitada em julgado.

12.3. SANÇÕES PELO DANO AO ERÁRIO

> *Art. 12, II - na hipótese do art. 10 (DANO AO ERÁRIO), ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (aplica-se ao terceiro), se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;*

1) Perda dos valores acrescidos ilicitamente, se ocorrer essa circunstância (aplica-se ao terceiro). Essa sanção, quando ocorrer, sempre será em **desfavor do terceiro,** quando este enriquecer ilicitamente com ato do agente público que causa dano ao erário. *Se a perda fosse a desfavor do agente, seria caso de ato de enriquecimento ilícito, que se subsumiria ao art. 9º (enriquecimento ilícito).* Frise-se: Quem define o ato de improbidade a ser imputado é o agente.

2) Ressarcimento dos danos causados.

Tanto o agente quanto o terceiro podem ser obrigados a ressarcir.

3) Perda de função

4) Suspensão de direitos políticos por **05 a 08 anos**.

5) Multa civil no valor de ATÉ 02 vezes **o dano causado** ao erário.

6) Proibição de contratar e receber benefícios fiscais e creditícios pelo prazo de **05 anos.**

12.4. SANÇÕES PELA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO

> *Art. 12, III - na hipótese do art. 11 (VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO), ressarcimento integral do dano (aplica-se a terceiros), se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.*

1) ~~Perdimento de bens e valores~~ (não há, se houver subsome-se ao art. 9º ou 10)

2) Ressarcimento integral do dano, se houver (aplica-se ao terceiro). **Somente sobre o terceiro** pode recair essa responsabilidade. Se o agente tiver que ressarcir é porque causou danos; se causou dano o ato se subsome ao art. 10.

3) Perda de função.

4) Suspensão dos direitos políticos por **03 a 05 anos.**

5) Multa de até 100 vezes a remuneração mensal do agente

6) Proibição de contratar e receber benefícios fiscais e creditícios pelo prazo de **03 anos**.

> *Art. 12 Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.*

OBS1: A lei menciona que a perda de função e a suspensão de direitos políticos só podem ser aplicadas com o trânsito em julgado da decisão (art. 20, caput). Essa norma deve ser interpretada em conjunto com a regra do parágrafo único do mesmo artigo, que prevê a possibilidade de afastamento cautelar do servidor. Com efeito, nenhuma sanção pode ser definitivamente aplicada antes do trânsito em julgado da decisão, sob a pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

> *Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.*
> *Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*

Atenção: A pena no PAD variará de acordo com o Estatuto do servidor (demissão, por exemplo), ora, o PAD não pode aplicar as penas da Lei de Improbidade, visto que estas servem à **ação judicial de improbidade.**

Indaga-se: O que acontece se, no momento do trânsito em julgado, o condenado ocupa cargo diferente daquele que exercia na prática do ato? Vejamos a brilhante explicação do Prof. Márcio Cavalcante:

Se o agente público tiver mudado de cargo, ele poderá perder aquele que atualmente ocupa? Ex: em 2012, João, na época Vereador, praticou um ato de improbidade administrativa; o MP ajuizou ação de improbidade contra ele; em 2018, a sentença transitou em julgado condenando João à perda da função pública; ocorre que João é atualmente Deputado Estadual; ele perderá o cargo de Deputado?	
NÃO **Posição da 1ª Turma do STJ**	**SIM** **Posição da 2ª Turma do STJ** **e da doutrina majoritária**
O condenado só perde a função pública que ele utilizou para a prática do ato de improbidade.	O agente perde a função pública que estiver ocupando no momento do trânsito em julgado, ainda que seja diferente daquela que ocupava no momento da prática do ato de improbidade.
As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva. Assim, a sanção de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não pode atingir cargo público diverso daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.	A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo no momento do trânsito em julgado da condenação. STJ. 2ª Turma. RMS 32.378/SP, Rel. Min.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 01/03/2018. STJ. 1ª Turma. REsp 1766149/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 08/11/2018.	Humberto Martins, julgado em 05/05/2015. STJ. 2ª Turma. REsp 1.297.021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20/11/2013.

OBS2: O juiz tem liberdade na aplicação de sanções, não ficando limitado ao pedido formulado pela parte autora. Não há que se falar em julgamento ultra ou extra petita, porquanto o que a parte deve se limitar a pedir na inicial é o reconhecimento da prática do ato de improbidade (mais ou menos como ocorre na seara criminal). Nesse sentido: STJ REsp. 324.282, DJ 01/04/2002.

OBS3: O erro da parte autora na classificação da conduta não impede que o juiz decida com base em tipificação diversa. Aplica-se aqui a regra do Processo Penal: O réu se defende dos fatos imputados e não da classificação realizada pela parte autora (STJ Resp. 842.428, DJ 21/05/2007). Ou seja, é permitida a *emendatio mutelli*.

12.5. SANÇÃO DECORRENTES DE CONCESSÃO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO

> *IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)*

1) Perda de função.
2) Suspensão dos direitos políticos por **05 a 08 anos.**
3) Multa de até 3 vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido

12.6. QUADRO ESQUEMÁTICO

	ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	DANO AO ERÁRIO	VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO	APLICAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO
Perda de bens e valores acrescidos ilicitamente.	SIM. Em desfavor do agente e talvez do terceiro.	Sim, se houver, sempre será em desfavor do terceiro.	NÃO	NÃO
Ressarcimento integral do dano	Sim, se houver dano.	SIM, em desfavor do agente e do terceiro.	Sim, se houver dano pelo terceiro.	NÃO
Perda da função pública	SIM.	SIM.	SIM.	SIM

Suspensão dos direitos políticos	08 a 10 anos	05 a 08 anos	03 a 05 anos	05 a 08 anos
Multa civil.	ATÉ 3x o valor do ENRIQUECIMENTO.	ATÉ 2x o valor do DANO.	ATÉ 100x a REMUNERAÇÃO MENSAL do agente.	ATÉ 3x o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.
Proibição de contratar e receber benefícios	Exatos 10 anos.	Exatos 05 anos.	Exatos 03 anos.	

13. AÇÃO DE IMPROBIDADE

13.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como essa ação tem procedimento próprio, a doutrina diverge quanto à sua natureza. Tem prevalecido, no entanto, que é a ação de improbidade é espécie de AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Assim, na falta de norma processual na lei específica, pode aplicar-se à ação de improbidade tranquilamente as regras previstas na Lei 7.347/85 - LACP, desde que não haja incompatibilidade. Em não existindo norma adequada na LACP, pode-se buscar regras processuais no CDC e demais leis que formam o microssistema de processo coletivo.

Em uma prova: Chamar de ação de improbidade.

13.2. LEGITIMIDADE (AD CAUSAM) ATIVA

> *Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ou pela PESSOA JURÍDICA INTERESSADA, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*

São legitimados concorrentes:

Ministério Público;

Pessoa jurídica lesada (sujeito passivo do ato: art. 1º da Lei);

Vejamos um Exemplo: Prefeito no exercício do mandato pratica ato de improbidade.

O MP tem legitimidade para propor a ação. A PJ lesada tem legitimidade? Se for o próprio município a pessoa jurídica lesada, obviamente somente depois do mandato essa ação será ajuizada. O prefeito não vai ajuizar uma ação contra ele mesmo.

Quando o MP ajuíza a ação, a pessoa jurídica deve ser chamada a participar do processo?

A pessoa jurídica DEVE SER chamada, mas não existe a obrigatoriedade de participar. Ela pode **contestar o pedido**, **atuar ao lado do MP** ou **simplesmente se abster** (art. 17, §3º - remete ao §3º da 4.717/65 - LAP!).

> *LIA Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*
> *§ 3o No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no **§ 3o do art. 6o da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965** (LAP).*
>
> *LAP – Lei nº 4.717/65, Art. 6º,§ 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá **abster-se de contestar o pedido**, ou **poderá atuar ao lado do autor**, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. **(chamada de "intervenção móvel" – ver coletivos)***

Vale lembrar que quando a ação é ajuizada pela Pessoa Jurídica, o MP tem a obrigatoriedade de participar como "custos legis", sob pena de nulidade (art. 17, §4º).

> ***Art. 17** § 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.*

Atenção para o disposto no §13 do art. 17, o qual considera o ente tributante que figura no polo ativo da obrigação tributária como pessoa jurídica.

> *Art. 17, § 13. Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*

13.3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE IMPROBIDADE

13.3.1. Competência em razão da pessoa

A princípio, a competência é sempre do juízo de 1º grau. Ver ressalvas a essa afirmação no tópico acima sobre agentes políticos.

OBS: O §2º do art. 84 do CPP, que estendia às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função em matéria penal, foi declarado inconstitucional pelo STF, por trazer regra de foro especial não contemplada na CF (ADI 2860 e 2797).

13.3.2. Competência em razão da matéria

Em se tratando de causa com interesse da União, entidades autárquicas, fundacionais ou empresas públicas federais, a ação deverá tramitar na Justiça Federal.

Indaga-se: De quem será a competência para julgar ação de improbidade em caso de desvio de verbas transferidas pela União ao Município por meio de convênio?

- Se, pelas regras do convênio, a verba transferida deve ser incorporada ao patrimônio municipal, a competência para a ação será da Justiça Estadual (Súmula 209-STJ).

- Ao contrário, se o convênio prevê que a verba transferida não é incorporada ao patrimônio municipal, ficando sujeita à prestação de contas perante o órgão federal, a competência para a ação será da Justiça Federal (Súmula 208-STJ).

Imagine que determinado Município tenha ajuizado Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra o ex-prefeito da cidade, sob o argumento de que este, enquanto prefeito, firmou convênio com órgão/entidade federal e recebeu recursos para aplicar em favor da população e, no entanto, não prestou contas no prazo devido, o que fez com o que o Município fosse incluído no cadastro negativo da União, estando, portanto, impossibilitado de receber novos recursos federais.

Indaga-se: esta ação de improbidade administrativa deverá ser julgada pela Justiça Federal ou Estadual?

- Regra: compete à Justiça Estadual (e não à Justiça Federal) processar e julgar ação civil pública de improbidade administrativa na qual se apure irregularidades na prestação de contas, por ex-prefeito, relacionadas a verbas federais transferidas mediante convênio e incorporadas ao patrimônio municipal.

- Exceção: será de competência da Justiça Federal se a União, autarquia federal, fundação federal ou empresa pública federal manifestar expressamente interesse de intervir na causa porque, neste caso, a situação se amoldará no art. 109, I, da CF/88.

13.3.3. Competência territorial

A competência TERRITORIAL para a ação de improbidade é do **local do DANO**, aplicando-se por analogia o art. 2º da lei 7.347/85 – LACP ou ainda art. 5º da LAP.

> *7.347/85 – LACP Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no **foro do local onde OCORRER O DANO**, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*
>
> *LAP Art. 5º Conforme a **origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação**, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.*

13.4. DA DECISÃO QUE RECEBE A PETIÇÃO INICIAL

> *Art. 17 § 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.*

OBS1: lembrar que no CPC/15, a regra é não caber recurso do RECEBIMENTO da petição inicial.

OBS2: julgada improcedente por falta de provas a ação, não haverá coisa julgada material, pois se trata de ação coletiva. Assim, surgindo novas provas, é possível a propositura de nova ação (**coisa julgada *secundum eventum probationis***, ver difusos e coletivos). Art. 16 LACP

> *LACP Art. 16. A sentença civil fará **coisa julgada erga omnes**, nos limites da competência territorial do órgão prolator, **exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas**, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Informativo 574 STJ – 2016

Segundo decidiu o STJ, pode ser conhecida a apelação que, sem má-fé e em prazo compatível com o previsto para o agravo de instrumento, foi interposta contra decisão que, em juízo prévio de admissibilidade em ação de improbidade administrativa, reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam de alguns dos réus.
STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.305.905-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 13/10/2015 (Info 574).

Importante lembrar:

a) Rejeita inicial = APELAÇÃO
b) Recebe inicial = AGRAVO DE INSTRUMENTO
c) No agravo de instrumento, além das condições genéricas da ação, exige-se a presença da justa causa (documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade).

ATENÇÃO! Tanto prazo da apelação quanto o prazo do agravo de instrumento são de 15 dias!

13.5. MEDIDAS CAUTELARES

Trata-se de medidas assecuratórias da efetividade do provimento jurisdicional. Exemplos: Cautelar de afastamento do agente público do cargo (com remuneração); cautelar de sequestro dos bens como forma de garantir futura reparação de danos ou perdimento de valores; cautelar de indisponibilidade de bens.

13.5.1. Afastamento de cargo

A cautelar de afastamento de cargo é a única que poderá ocorrer na seara administrativa, mediante determinação da autoridade administrativa competente (art. 20, parágrafo único).

> *Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.*
> *Parágrafo único. A autoridade judicial ou ADMINISTRATIVA competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*

13.5.2. Medidas cautelares reais

É possível o deferimento judicial de medidas cautelares preparatórias à ação, a requerimento do MP, como a medida de sequestro de bens dos agentes causadores de danos ao erário ou enriquecimento ilícito. Nesse caso, concedida a cautelar preparatória, a ação principal deve ser proposta em 30 dias, sob a pena de caducidade da cautelar (art. 17, 'caput').

> *Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, **para a INDISPONIBILIDADE dos bens do indiciado.***

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. **Para o STJ, poderá recair sobre o bem de família (AgInt no REsp 1670672/RJ)**.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente ***a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público***.
§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.
§ 2° Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o ***rito ordinário****, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada,* ***dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.***

Para garantir que a pessoa que praticou ato de improbidade responda pelas sanções do § 4º do art. 37, da CF, os arts. 7º e 16 da Lei n. 8.492/92 preveem a possibilidade de ser decretada a indisponibilidade (art. 7º) e o sequestro (art. 16) dos seus bens. Algumas perguntas relacionadas ao tema:

1) *Quem decreta essa indisponibilidade?*

O JUIZ, a requerimento do Ministério Público. A redação do art. 7º não é muito clara, mas o que a lei quer dizer é que a autoridade administrativa irá comunicar a suposta prática de improbidade ao MP e este irá analisar as informações recebidas e, com base em seu juízo, irá requerer (ou não) a indisponibilidade dos bens do suspeito ao juiz, antes ou durante o curso da ação principal (ação de improbidade). Em outras palavras, a indisponibilidade pode ser requerida como medida preparatória ou incidental. Quando o art. 7º fala em "inquérito", está se referindo a inquérito administrativo, mas essa representação pode ocorrer também no bojo de um processo administrativo ou de um processo judicial.

Além disso, o MP poderá requerer a indisponibilidade ainda que não tenha sido provocado por nenhuma autoridade administrativa, desde que, por algum outro modo, tenha tido notícia da suposta prática do ato de improbidade (ex: reportagem divulgada em jornal). De qualquer forma, tome muito cuidado com a redação dos arts. 7º e 16 porque muitas vezes são cobrados na prova a sua mera transcrição, devendo este item ser assinalado, então, como correto.

2) *Essa indisponibilidade é decretada em QUALQUER hipótese de ato de improbidade?*

SIM!

A indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei de Improbidade pode ser decretada em qualquer hipótese de ato de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11). Segundo o STJ, em que pese o silêncio do art. 7º, uma interpretação sistemática permite que se decrete a indisponibilidade de bens também na hipótese em que a conduta tida como ímproba se subsuma apenas ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992.

3) A indisponibilidade pode ser decretada ANTES do recebimento da petição inicial da ação de improbidade?

SIM.

4) Tendo sido instaurado procedimento administrativo para apurar a improbidade, conforme permite o art. 14 da LIA, a indisponibilidade dos bens pode ser decretada ANTES mesmo de encerrado esse procedimento?

SIM.

> *Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*

5) Essa indisponibilidade dos bens pode ser decretada sem ouvir o réu?

SIM. É admissível a concessão de liminar *inaudita altera pars* para a decretação de indisponibilidade e sequestro de bens, visando assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, o ressarcimento ao Erário.

Desse modo, o STJ entende que, ante sua natureza acautelatória, a medida de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa pode ser deferida nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação para defesa prévia (art. 17, § 7º da LIA).

> *Art. 17 § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.*

6) Para que seja decretada a indisponibilidade dos bens da pessoa suspeita de ter praticado ato de improbidade exige-se a demonstração de FUMUS BONI IURIS e PERICULUM IN MORA?

NÃO. Basta que se prove o *FUMUS BONI IURIS*, sendo o *PERICULUM IN MORA* presumido. Assim, é desnecessária a prova do *periculum in mora* concreto, ou seja, de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em **fundados indícios da prática de atos de improbidade**.

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Se a pessoa estiver sendo acusada de ter praticado atos de improbidade administrativa, poderá ser decretada a indisponibilidade de seus bens.* ***Para isso, deverá ser provado o FUMUS BONI IURIS, ou seja, que há fortes indícios de que essa pessoa realmente praticou atos de improbidade. Não é necessário, contudo, provar o PERICULUM IN MORA, ou seja, que a pessoa está se desfazendo de seu patrimônio para evitar o ressarcimento. O requisito cautelar do periculum in mora está implícito, já que o bloqueio de bens visa a "assegurar o integral ressarcimento do dano".*** *Em outras palavras, a indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Havendo fortes indícios de que a pessoa praticou o ato ímprobo, deverá ser decretada cautelarmente a indisponibilidade, ainda que o agente não esteja praticando qualquer ato para se desfazer de seu patrimônio.*

*AgRg no AREsp 188.986-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em **28/8/2012**, Primeira Turma.*

7) Então, pode ser decretada a indisponibilidade dos bens ainda que o acusado não esteja se desfazendo de seus bens?

SIM. A indisponibilidade dos bens visa, justamente, a evitar que ocorra a dilapidação patrimonial. Não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da medida cautelar e, muitas vezes, inócua (Min. Herman Benjamin).

8) Pode ser decretada a indisponibilidade sobre bens que o acusado possuía ANTES da suposta prática do ato de improbidade?

SIM. A indisponibilidade pode recair sobre bens adquiridos tanto ANTES como DEPOIS da prática do ato de improbidade. A jurisprudência do STJ abona a possibilidade de que a indisponibilidade, na ação de improbidade administrativa, recaia sobre bens adquiridos antes do fato descrito na inicial. A medida se dá como garantia de futura execução em caso de constatação do ato ímprobo. STJ. 1ª Turma. REsp 1301695/RS

9) A indisponibilidade é decretada para assegurar apenas o RESSARCIMENTO dos valores ao Erário ou também para custear o pagamento da MULTA civil?

Para custear os dois. A indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio do réu de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

10) A indisponibilidade pode recair sobre bem de família?

A indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa pode recair sobre bens de família. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1670672/RJ

11) A indisponibilidade pode recair sobre verbas impenhoráveis?

Segundo decidiu o STJ, as verbas absolutamente impenhoráveis não podem ser objeto da medida de indisponibilidade na ação de improbidade administrativa. Isso porque, sendo elas impenhoráveis, não poderão assegurar uma futura execução (STJ. 1ª Turma. REsp 1164037/RS).

Vale ressaltar que esse entendimento (REsp 1164037/RS) é contraditório com julgados do STJ que afirmam que é possível que a indisponibilidade recaia sobre bem de família, por exemplo, que, como se sabe, é impenhorável (STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 1483040/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2015).

12) É necessário que o Ministério Público (ou outro autor da ação de improbidade), ao formular o pedido de indisponibilidade, faça a indicação individualizada dos bens do réu?

NÃO.

A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que é desnecessária a individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único da Lei nº 8.429/92 (AgRg no REsp 1307137/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 25/09/2012). A individualização somente é necessária para a concessão do "sequestro de bens", previsto no art. 16 da Lei nº 8.429/92.

13) A indisponibilidade de bens constitui uma SANÇÃO?

NÃO. A indisponibilidade de bens não constitui propriamente uma sanção, mas medida de garantia destinada a assegurar o ressarcimento ao erário (DPE/MA – CESPE).

13.6. VEDAÇÃO DA TRANSAÇÃO, ACORDO, CONCILIAÇÃO

De acordo com a redação originária do art. 17, §1º da LIA, era vedado a transação, o acordo e a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

> *Art. 17, § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.*

Indaga-se: diante da vedação legal era possível fazer alguma espécie de acordo nas ações de improbidade?

Inicialmente, é preciso distinguir a pretensão buscada:

a) Ressarcitória – em que se visa a recomposição do patrimônio público lesado, ou seja, reparar o dano ao erário. Aqui, há consenso (tanto na doutrina quanto na jurisprudência) acerca da possibilidade de realizar acordo para que o ressarcimento seja feito o pagamento seja feito, como exemplo definir prazo para pagamento do dano, definir que será pago em parcelas

b) Repressiva punitiva – em que se aplica sanções em sentindo estrito, ou seja, visa punir o agente improbo. Aqui, há divergência, observe as duas correntes acerca do tema:

1ªC: Não cabe autocomposição (Emerson Garcia)

Na dimensão punitiva não cabe acordo. Assim, as sanções, necessariamente, devem ser aplicadas no curso de uma ação de improbidade administrativa pela autoridade judiciária, tendo em vista que:

- Há vedação legal, nos termos do art. 17, §1º da LIA;
- A LIA tutela interesses indisponíveis (patrimônio público, moralidade), assim não há como se admitir transação;
- Os legitimados a propositura da ação de improbidade administrativa atuam como substitutos processuais (legitimação extraordinária), em sendo assim na pretensão punitiva não são titulares do direito. Portanto, não podem renunciar algo que não lhes pertence;
- As sanções da LIA possuem como destinatário o juiz, ou seja, estão sujeitas à reserva jurisdicional (*nulla poena sine judicio*). Não podendo ser aplicadas em acordos extrajudiciais.

2ªC: Cabe autocomposição

Posição definida pelo Prof. Landolfo Andrade.

O art. 17, §1º da LIA deve receber uma nova leitura, tendo em vista que estamos diante de um novo cenário normativo.

Quando a LIA entrou em vigor (1992) não havia no Direito Penal nenhuma possibilidade de transação. Por isso, o legislador originário vedou a possibilidade de autocomposição na esfera da ação de improbidade administrativa.

Contudo, em 1995, com a edição da Lei 9.099, passou-se a admitir a possibilidade de transação na esfera penal. Além disso:

- A Lei 12.846/2013 (acordo de leniência) prevê o acordo feito entre a administração pública e a empresa que praticou ato ofensivo/lesivo a administração pública. Assim, a empresa colabora com as investigações e cumpre pena mais branda.
- A Lei 12.850/2013 previu a colaboração premiada, para os casos de Crime Organizado.
- A Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) – art. 36, § 4º
- Artigo 2º, §1º, LINDB – norma mais nova regula inteiramente uma lei anterior ou sendo incompatível, haverá revogação. Assim, estamos diante de uma revogação tácita do art. 17 §1º (Didier, Ermes Zanetti).

Perceba, portanto, que de acordo com este entendimento é possível a autocomposição, consagrando a coerência do Microssistema de defesa do patrimônio público, bem como para garantir a eficiência.

Observe a Resolução 179 do CNMP que autoriza a autocomposição na esfera administrativa:

> *Resolução 179, CNMP Art. 1º, § 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.*

Em 2019, a Lei 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, alterou o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade, passando a admitir a celebração de acordo de persecução civil, não mais havendo a distinção mencionada acima.

> *Art. 17, § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.*

13.7. DESTINAÇÃO DOS VALORES (ART. 18)

A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

> *Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.*

13.8. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE (ART. 23)

O prazo **é de 05 anos** para os agentes que exercem mandato, cargo em comissão ou função de confiança, sendo o termo inicial o momento em que o agente deixa o cargo. Normalmente o MP só ajuíza a ação quando o sujeito deixa o cargo, pois se torna mais fácil a colheita de provas com o sujeito fora da Administração.

> *Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*
> *I - **até cinco anos após o término** do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;*
> *II - **dentro do prazo prescricional previsto em lei específica** para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.*
> *III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1o desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)*

Para os demais servidores, o prazo prescricional será o mesmo previsto para as transgressões punidas com demissão (a bem do serviço público), nos termos do Estatuto dos Servidores da respectiva Pessoa Jurídica.

CUIDADO: neste caso, o prazo da demissão é contado do **conhecimento da infração** e não do momento em que o sujeito deixa o cargo.

E se o indivíduo exerce CARGO PÚBLICO + FUNÇÃO DE CONFIANÇA/CARGO EM COMISSÃO? O prazo vai contar obedecendo a regra do art. 23, II, ou seja, será o prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão e não com a exoneração do cargo em comissão.

VÍNCULO	PRAZO	INÍCIO DA CONTAGEM
TEMPORÁRIO (detentores de mandato, cargo em comissão, função de confiança)	5 anos	Primeiro dia após o fim do vínculo
PERMANENTE (ocupantes de cargo efetivo ou de emprego público)	O prazo e o início da contagem serão os mesmos que são previstos no estatuto do servidor para prescrição de faltas disciplinares puníveis com demissão (ex.: na Lei 8.112/90, salvo se a infração administrativa for também crime, o prazo é de 5 anos, contado da data em que o fato se tornou conhecido, mas leis estaduais/municipais podem trazer regra diferente).	

ATENÇÃO: A pretensão de reparação dos prejuízos ao erário causados pelo agente público é IMPRESCRITÍVEL (CF/88, art. 37, §5º).

> *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:*

[...]
§ 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****.*

E o prazo para exigir a condenação do TERCEIRO? A doutrina diverge. JSCF entende aplicar-se ao caso o art. 205 do CC, que prevê prazo de 10 anos.

CC Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

E no caso de prescrição e reeleição?

O prazo prescricional em ação de improbidade administrativa movida contra prefeito reeleito só se inicia após o término do segundo mandato, ainda que tenha havido descontinuidade entre o primeiro e o segundo mandato em razão da anulação de pleito eleitoral, com posse provisória do Presidente da Câmara, por determinação da Justiça Eleitoral, antes da reeleição do prefeito em novas eleições convocadas.

Ex: João foi Prefeito no período jan/2001 a dez/2004 (primeiro mandato). Em 2002 ele praticou um ato de improbidade administrativa. Em out/2004 concorreu e conseguiu ser reeleito para um novo mandato (que seria de jan/2005 a dez/2008). Ocorre que não chegou a tomar posse em 1º de janeiro de 2005, pois teve seu registro de candidatura cassado em virtude de condenação na Justiça Eleitoral. Tomou posse o Presidente da Câmara Municipal. O TRE marcou nova eleição para o Município e João foi novamente eleito, tendo tomado posse em fevereiro de 2006. Desse modo, João ficou fora da Prefeitura durante 1 ano e 1 mês, período no qual o Município foi comandado pelo Presidente da Câmara. Em 2008, acabou o segundo mandato de João. O prazo prescricional quanto à improbidade praticada em 2002 somente se iniciou em dezembro de 2008 com o término do segundo mandato.

STJ. 2ª Turma. REsp 1.414.757-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015 (Info 571).

13.9. PROCEDIMENTO

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Apesar do caput do art. 17 dizer que o procedimento é ordinário, trata-se de um **procedimento especial**, muito semelhante aquele procedimento dos crimes funcionais do direito penal.

13.10. PETIÇÃO INICIAL (INQUÉRITO CIVIL)

LIA Art. 17 § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

NCPC Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente

> *Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*
> *I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
> *II - alterar a verdade dos fatos;*
> *III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*
> *IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*
> *V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*
> *VI - provocar incidentes manifestamente infundados.*
> *VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*
>
> *Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a UM POR CENTO sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.*
> *§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.*
> *§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.*

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – 1. O INQUÉRITO CIVIL, como peça informativa, pode embasar a propositura de ação civil pública contra agente político, sem a necessidade de abertura de procedimento administrativo prévio. STJ*

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o réu “A”, então Prefeito, pela suposta prática de improbidade administrativa. As provas que embasaram a ação de improbidade proposta pelo MP foram obtidas em inquérito civil. Ao se defender, o réu alegou, dentre outras questões, que, antes da propositura da ação de improbidade, o MP deveria ter aberto um procedimento administrativo prévio.

Essa discussão chegou ao STJ, que não acolheu a tese de “A”.

> *Segundo a Primeira Turma, o inquérito civil, como peça informativa, pode embasar a propositura de ação civil pública contra agente político, sem a necessidade de abertura de procedimento administrativo prévio "inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em Inquérito Civil público, mormente quando as provas colimadas são constituídas por documentos emitidos pelo Poder Público e os depoimentos das testemunhas foram novamente colhidos na esfera judicial" (REsp 401.472/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma)*

13.11. NOTIFICAÇÃO (ART. 17 §7º)

> *LIA Art. 17 § 7o Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e **ORDENARÁ A NOTIFICAÇÃO DO REQUERIDO**, para **oferecer manifestação por escrito,** que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do **prazo de quinze dias**.*

13.12. DEFESA PRELIMINAR EM 15 DIAS

Assim que notificado, corre o prazo de 15 dias para a defesa preliminar.

OBS: a ACP não tem essa fase de defesa prévia/preliminar.

13.13. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE EM 30 DIAS (ART. 17 §8º)

> *Art. 17. § 8o Recebida a manifestação, o juiz, **no prazo de trinta dias**, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.*

13.14. DECISÃO DEVE SER FUNDAMENTADA

Rejeitar (mérito) / indeferir (sem mérito): pode fazer isso a qualquer tempo. O recurso cabível neste caso será a **APELAÇÃO**.

Receber a ação: o réu será citado. §9º do art. 17.

> ***Art. 17.** § 9o Recebida a petição inicial, será o réu citado para **apresentar contestação**.*

OBS: no processo civil, em regra, da decisão que manda citar o réu, não cabe recurso, aqui caberá agravo, nos termos do §10º do art. 17.

> *Art. 17. § 10. Da decisão que receber a petição inicial, **caberá agravo de instrumento**. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)*

Salienta-se que o Pacote Anticrime incluiu o §10-A ao art. 17 da lei de Improbidade, determinando que as partes poderão requerer a interrupção do prazo de contestação, quando houver possibilidade de acordo, não podendo ultrapassar 90 dias.

> *Art. 17, § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.*

13.15. PROVAS (REGIME DO CPP)

Segue as regras do CPP porque é um direito administrativo **sancionatório**.

> *Art. 17. § 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)*

> *CPP*
> *Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo **serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.***

§ 1o O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal ***poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.***

OBS: o MP não sendo autor é *custus legis*, §4º do art. 17.

Art. 17. § 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

13.16. SENTENÇA

Segue regras gerais da ACP (microssistema).

Recurso cabível: **apelação** (art. 14 da ACP → quem decide o efeito suspensivo é o juiz da causa).

LIA. § 3o No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3o do art. 6o da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965 (LAP). (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

LAP Art. 6º § 3º A pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. (intervenção móvel)

LACP Art. 14. O juiz ***poderá conferir efeito suspensivo aos recursos****, para evitar dano irreparável à parte.*

Voltando à LIA... Art. 17. *§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.*
§ 5o A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.
§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.
Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

14. DA DECLARAÇÃO DE BENS (MP/MS)

CAPÍTULO IV
Da Declaração de Bens
Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Regulamento) (Regulamento)
§ 1° A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do

cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.
§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.
§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.
§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2° deste artigo .

PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUÇÃO

O legislador não faz distinção entre processo e procedimento administrativo (na lei ele usa como sinônimos). Apesar disso:

- Processo é o conjunto de atos direcionados a um determinado fim.
- Procedimento é a forma como esses atos se desenvolvem no tempo e no espaço.

O processo judicial se conclui com uma decisão/sentença.

O processo legislativo busca como fim a criação de um ato normativo.

O processo administrativo, por sua vez, tem como objetivo final a prática de um **ato administrativo**. Ou seja, o processo administrativo é uma fase preparatória para realização de ato administrativo. Ex.: Mesmo que a licitação seja inexigível, é necessário um processo, o denominado processo de justificação.

1.1. CONCEITO

Processo administrativo é o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração (JSCF).

Das várias espécies de processos administrativos, podemos extrair diferentes finalidades/objetivos que permeiam estes instrumentos:

- Condição de forma do ato administrativo.
- Mecanismo de documentação dos atos praticados pela Administração Pública.
- Forma de legitimar a conduta do administrador. Exemplo: Processo de justificação para dispensa de licitação. É no processo que será demonstrada a razão de urgência que vai legitimar a dispensa da licitação.
- Instrumento de defesa do Administrado (ex.: processo administrativo tributário; processo de multa de trânsito) ou do servidor (ex.: PAD).
- Meio de dar transparência/clarividência à atuação dos Administradores.

Ex: o ato expropriatório é anexado ao processo, ele é arquivado com o processo. Mesma coisa que fosse arquivada uma sentença sem o processo judicial, isso não é possível! Não há ato solto! O original do ato, portanto, **deve estar no processo.**

Sem prejuízo da maneira exposta acima, podemos citar a forma com que JSCF expõe os **objetos específicos** do processo administrativo:

a) Objeto de mera tramitação (documentação, protocolização na repartição pública etc.).

b) Objeto de controle (processo que encaminha contas para o TC)

c) Objeto punitivo (PAD)

d) Objeto contratual (licitação)

e) Objeto revisional (imposição de recurso para revisão de certo ato ou conduta administrativa).

f) Objeto de outorga de direitos (autorizações)

Orientação do STF: Sempre que um ato administrativo vai atingir a esfera de um particular, deve ser realizado um ***processo administrativo no modelo constitucional*** (observância ao devido processo legal e todos os princípios dele decorrentes – ver atos).

2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

2.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Trata-se de princípio dirigido diretamente ao Estado, indicando que lhe cabe o dever de observar rigorosamente as normas legais que ele mesmo criou (art. 5º, LIV da CF/88). Ou seja, cabe ao administrador realizar o processo de acordo com as **regras legais/constitucionais** que o regulam (princípio da legalidade).

Mesmo nas hipóteses em que a lei for omissa quanto à determinada etapa do procedimento, o que vai regular a situação será a regra geral ou os princípios, como da proporcionalidade e razoabilidade, que limitarão a discricionariedade do administrador.

2.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Não só os processos judiciais, mas também os administrativos devem obediência ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV da CF/88.

Essa necessidade de contraditório e de ampla defesa, obviamente, ***só existe nos processos litigiosos***, onde há conflito de interesses.

2.2.1. Contraditório

É o direito de o interessado fazer parte do processo que possa lhe causar algum prejuízo. É o direito de Conhecimento/ciência da existência do processo/ato processual, com a possibilidade de a ele se contrapor.

Ao dar esse conhecimento da existência do processo constitui-se a relação jurídica bilateral.

O ato formal para dar ciência ao processo é a citação (também chamada de intimação/notificação);

Formas de citação: Pessoalmente; com AR; ciência na própria repartição (quando o citado comparece espontaneamente na repartição); edital. Enfim: Qualquer prova prevista no Direito é possível.

Aplica-se o contraditório, derivado que é do princípio do devido processo legal, aos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial.

O contraditório tem duas dimensões:

- ***Aspecto formal***: é o direito de participar do processo que lhe possa trazer algum prejuízo. Seja ouvida.
- ***Aspecto substancial***: é preciso que minha participação tenha aptidão de poder interferir no conteúdo da decisão. A participação deve ser efetiva, com poder de influenciar a decisão do juiz (aqui administrador). PODER DE INFLUÊNCIA. Não basta que a parte seja ouvida, a participação deve dar ensejo à possibilidade de influenciar no conteúdo da decisão.

2.2.2. Ampla Defesa

É a oportunidade para que a parte se defenda. No entanto, não basta que seja ofertado um prazo para a parte se defender; para ser respeitada a ampla defesa, de acordo com o modelo constitucional de processo administrativo, algumas exigências devem ser atendidas:

1) Definição prévia da comissão processante/autoridade competente para julgar o processo, de acordo com as exigências legais (é uma 'espécie' de princípio do juiz natural).

2) Procedimento pré-determinado. A parte deve ter conhecimento de como se desenvolverão os atos processuais até o desfecho da lide, a fim de que não seja surpreendida.

3) Sanções pré-determinadas em lei. A parte precisa ter conhecimento das sanções que possam lhe ser aplicadas.

4) Garantia de informação: O processo administrativo deve ser PÚBLICO (***Princípio da publicidade***), como qualquer ato administrativo (art. 37, caput da CF).

Essa publicidade garante ao administrado o direito de obter informações sobre qualquer processo administrativo, mormente aqueles dos quais faz parte (art. 3º, II da Lei 9.784/99).

> *Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*

O acusado tem o direito de ver e de copiar o processo. No entanto, conforme a jurisprudência, quem deve pagar a cópia é o interessado. Lembrando que não existe carga de processo administrativo; ele não pode ser retirado da Administração Pública.

EXCEPCIONALMENTE, a CF permite que existência de ***PROCESSOS SIGILOSOS***, nos seguintes casos:

4.1) Quando a publicidade coloca em **risco a segurança da sociedade ou do Estado** (art. 5º XXXIII CF).

> *CF Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no*

*prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;***

4.2) Não há publicidade em nome da **intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas** (Art. 5º, X).

*CF Art. 5º, 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;*

4.3) Atos processuais que correm em sigilo na forma da lei (CF, Art. 5, LX). O sigilo também se refere ao âmbito administrativo. Ex. Processo ético disciplinar de médico corre em sigilo, para não condenar provisoriamente o médico, pois poderá prejudicar a sua carreira.

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

Lei 8.112 - Art. 116. São deveres do servidor:
V - atender com presteza:
*a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, **ressalvadas as protegidas por si**gilo;*

Lei 8.112 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

5) Direito a produção de provas (art. 3º, III da Lei 9.784/99): No processo administrativo a produção de provas é ampla (princípio da liberdade probatória). Qualquer meio de prova lícito é admissível no processo.

Lei 9.784/99 Art. 3º, III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

A liberdade probatória, no entanto, não é absoluta, vale dizer, é pautada pela razoabilidade e proporcionalidade. Se a produção de provas não se coadunar com esses princípios, o requerimento será indeferido. O uso do direito não pode se transformar em abuso de direito, que sempre configura uma ilicitude. Ex.: Não pode o acusado exigir a oitiva de 200 testemunhas.

IMPORTANTE: As provas, além de produzidas, devem ser analisadas, com o poder de influenciar a decisão (contraditório substancial). Se não tiverem esse poder, não está atendida a exigência do direito à produção de provas.

É possível quebra de sigilo do e-mail institucional do agente público? SIM. Na realidade não há quebra de sigilo, pois o e-mail é patrimônio da instituição e não do agente. Ou seja, não há violação à garantia à inviolabilidade de correspondência. Prevalece que é banco de dados da administração, podendo ser usado como prova **lícita** pela administração.

É possível a utilização de provas ilícitas? Não pode ser utilizada como fundamento para condenação do processado, sob pena de violação à CF (devido processo legal). Se há possibilidade de fraude, de infração funcional, a autoridade tem o dever, a obrigação de investigar.

6) Defesa técnica: A presença do advogado é DISPENSÁVEL no processo administrativo (art. 3º, III da Lei).

Entretanto, no caso de revelia, em observância ao contraditório e à ampla defesa, deverá a comissão processante nomear defensor dativo ao acusado (art. 164, §2º da Lei 8.112/90).

> *Lei 8.112/90*
> *Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.*
> *[...]*
> *§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.*

Em relação ao PAD, especificamente, a questão da defesa técnica gerou alguma celeuma. O Advogado é dispensável pela Lei 8.112/90 (Lei do regime dos servidores federais).

STJ: Presença do advogado contribui para a legalidade do processo. Edita-se, então a súmula 343: A presença do advogado é obrigatória em todas as fases do PAD. Essa súmula representou a evolução da ampla defesa no âmbito administrativo. E os servidores que haviam sido demitidos nos últimos 05 anos sem advogado, ou seja, mediante um processo ilegal? A decisão é nula. Deveria ocorrer a reintegração do servidor, com o recebimento de todas as vantagens do período afastado.

A matéria chega ao STF que edita a Súmula Vinculante n. 5 dispensando a presença do advogado nos PAD. A impressão foi que se tratou de uma súmula de interesse econômico e político.

> *SV 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

A Súmula 343 não foi expressamente cancelada, mas o efeito prático é o mesmo do cancelamento.

7) Direito de recurso. Três questões importantes:

***1ª Questão**:* O direito de recurso existe mesmo que não haja previsão expressa do direito de recorrer ou mesmo que não exista recurso típico para o caso. O direito de recurso é decorrência lógica da ampla defesa.

Exemplo: Concurso que diz que da prova oral não pode recorrer não é compatível com a ampla defesa.

2ª Questão: Para que a parte execute o direito de recurso, a decisão da Administração deve ser, **obrigatoriamente,** motivada. Do contrário, o direito de recurso fica inviabilizado (Princípio da motivação).

A administração deve motivar o indeferimento da inscrição do candidato.

Motivação e direito de recurso em concurso público: a motivação e o espelho de prova são ferramentas para o direito de recurso do administrado que presta o concurso. O STJ já decidiu no sentido que há discricionariedade para escolher a resposta, mas ao colocá-la no espelho, este vincula,

e, portanto, se a administração corrige a prova de forma diversa do espelho, pode sofrer controle de legalidade pelo judiciário.

***3ª Questão**:* Exigência de depósito prévio para exercício do recurso também viola a ampla defesa.

> ***STJ Súmula 373** É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.*
>
> ***STF SÚMULA VINCULANTE 21** DEPÓSITO PRÉVIO COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO VIOLA A AMPLA DEFESA.*
>
> *STF SÚMULA VINCULANTE 03: 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. (ver acima, princípios)*

É assegurado o direito à ampla defesa nos processos perante o TCU, quando desta decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, ou seja, seria o direito de ampla defesa de um terceiro ao processo, mas que nele tem interesse.

Exceção ao direito de defesa no TC ocorre quando o processo perante o TCU envolve apreciação de legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, sob o argumento de não envolver um direito do interessado já constituído, mas mera expectativa. Ou seja, não se exige o contraditório, pois a discussão envolve algo que o administrado ainda não tem, mas pode vir a ter.

Vejamos construção desse ato de concessão inicial de aposentadoria: O servidor preenche os requisitos, junta os documentos e pleiteia a aposentadoria junto à Administração.

Para que o seu direito seja reconhecido e efetivado, a Administração não pode decidir sozinha. Esse ato de concessão depende de duas manifestações de vontade (deferimento da Administração + deferimento do TC, nos termos do art. 71, III, da CF/88). É um **ato complexo** (ato que se completa mediante duas manifestações de órgãos diferentes).

A administração defere; o TC indefere. Resultado: Não concessão da aposentadoria. O Administrado não perdeu algum direito que já possuía? Foi anulado algum ato que o beneficiava? Negativo. O ato ainda não havia se formado, pois a sua completa formação exigia exatamente o parecer favorável do TC, que não ocorreu.

Onde o administrado deverá recorrer? Na ADM e não no TCU. Foi na Administração que ele fez o requerimento, logo é lá que ele deverá exercitar a ampla defesa.

2.3. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL OU MATERIAL

O processo é pautado na busca pela verdade absoluta, pelos fatos que efetivamente ocorreram. O processo administrativo não se contenta apenas com a verdade demonstrada nos autos do processo (verdade formal).

Exemplos que evidenciam o princípio da verdade real:

1) Produção de provas de ofício pelo próprio administrador;

2) Possibilidade de apresentação de provas fora do prazo e até mesmo depois de encerrado o processo (revisão administrativa).
3) Possibilidade da “reformatio in pejus”.

Entretanto, atualmente, essa dicotomia verdade real X verdade formal está ultrapassada. A verdade real não existe. Isso é uma ideia inalcançável, pois o que realmente aconteceu desaparece e vira memória ou história. E a história é contada de acordo com as características de quem a conta.

“Calamandrei, os pintores e o pôr do sol”.

Quem ganha no processo é quem prova a sua história, e não quem prova a verdade. Assim, a verdade no processo não é a formal (pois o administrador tem amplos poderes instrutórios) e nem a real (utópica); a verdade no processo é a ***verdade possível,*** ou seja, a verdade que possa ser reconstruída pelo devido processo legal e por todos os sujeitos processuais.

2.4. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE ou DO IMPULSO OFICIAL

Incumbe à Administração a movimentação do processo, independentemente de sua instauração ter ocorrido mediante requerimento do particular (art. 29 da Lei 9.784/99).

> *Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão **realizam-se de ofício** ou **mediante impulsão do órgão responsável pelo processo**, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

Uma vez iniciado, o processo passa a pertencer ao Poder Público, que deve movimentá-lo até a prolação da decisão final. **Aqui não ocorre a parada do processo pela falta de manifestação das partes, como se dá no processo judicial.**

Fundamento do princípio: O processo administrativo tem como finalidade precípua a satisfação de um interesse público, mesmo que mediatamente atenda ao interesse do particular.

O princípio da oficialidade se interliga com o princípio da verdade material, na medida em que possibilita ao administrador produzir provas, determinar produção, requerer documentos, depoimentos, tudo de ofício, com o objetivo de buscar a realidade dos fatos e a satisfação do interesse público.

Em suma, a oficialidade está presente:

1) No poder de iniciativa para instaurar o processo;
2) Na instrução do processo;
3) Na revisão de suas decisões.
4) Em todas essas fases, a Administração pode agir ex officio.

2.5. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL

Apesar de possuir, obrigatoriamente, uma forma (processo escrito, registrado etc.), o processo administrativo deve seguir somente as formalidades estritamente necessárias, sem exageros. Não se exigem formas especiais para a prática dos atos processuais, sobretudo no que diz respeito aos atos praticados pelo interessado.

Frise-se: A informalidade é a regra geral, porém no caso de lei prever uma forma específica para determinado ato, a sua inobservância pode gerar nulidade (se causar prejuízo, obviamente).

Por fim, a informalidade não pode ser exacerbada, a ponto de ser confundida com desleixo ou desídia do Administrador; em outras palavras, o processo deve seguir uma formalidade mínima que garanta segurança e credibilidade aos administrados.

Veja que o informalismo é para a **parte**. Não há formato a ser observado para cada peça para o administrado.

2.6. PRINCÍPIO DA CELERIDADE (RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO)

Art. 5º, LXXVIII: Os processos judiciais e administrativos devem durar um prazo razoável.

> *CF 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 que seria um prazo razoável? Muitos processos têm prazos previstos em lei. Quando não existe essa previsão, deve-se observar o princípio da celeridade, pautado pela razoabilidade.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL (Lei 9.784/99)

3.1. INTRODUÇÃO

É a ***norma geral do processo administrativo*** no âmbito da União, aplicada analogicamente a muitos estados e municípios que não possuem lei própria de processo.

A Lei 9.784/97 possui um caráter ***supletivo*** ou ***subsidiário***, vale dizer, só é aplicada quando não existe uma lei específica sobre o processo em análise, ou quando a lei específica é omissa em determinado aspecto (art. 69 da Lei).

> *Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*

Exemplo: PAD no âmbito federal. Aplica-se primeiramente a Lei 8.112/90. Apenas subsidiariamente aplica-se a Lei 9.784. O mesmo ocorre com processo tributário, processo administrativo de trânsito, processo licitatório etc.

Em suma, a lei 9.784/99 é aplicada apenas no silêncio ou ausência de lei específica.

3.2. PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS NA LEI

> *Lei 9784/97*
> *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 **(legalidade)**;*

*II - atendimento a fins de interesse geral **(impessoalidade)**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei **(indisponibilidade do interesse público)**;*
*III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades **(impessoalidade)**;*
*IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé **(moralidade)**;*
*V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição **(publicidade)**;*
*VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público **(proporcionalidade e razoabilidade)**;*
*VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão **(motivação)**;*
*VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados **(segurança jurídica)**;*
*IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados **(segurança jurídica e informalismo)**;*
*X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio **(contraditório e ampla defesa)**;*
*XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei **(gratuidade)**;*
*XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados **(oficialidade)**;*
*XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação **(segurança jurídica)**.*

3.3. CUSTAS PROCESSUAIS

A lei tem previsão expressa no sentido de que a regra é não pagamento de custas e despesas processuais em sede de procedimento administrativo, a não ser que haja previsão expressa.

*Lei 9784/97 Art. 2º, XI - proibição de cobrança de despesas processuais, **ressalvadas as previstas em lei**;*

3.4. PRAZOS PROCESSUAIS

3.4.1. Regra geral

Inexistindo disposição específica, o prazo para a prática do ato é de 05 dias corridos, prorrogável por mais 05, mediante comprovada justificação (art. 24).

*Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de **cinco dias**, salvo motivo de força maior.*

3.4.2. Contagem do prazo

Publicação/intimação saiu na segunda. Prazo começa na terça (prazo processual). Os cinco dias terminam no sábado (dia não útil). Pula para segunda. O prazo sempre começa e termina em dias úteis (art. 66).

> *Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.*
> *§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o **primeiro dia útil** seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.*

Cuidado: A lei às vezes menciona prazo não contado em dias CORRIDOS, mas sim em dias ÚTEIS.

3.5. ATOS PROCESSUAIS

Devem ser praticados **dentro da Administração Pública**, em dia útil, em horário de expediente (art. 23).

> *Art. 23. Os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo.*

O ato só pode ser praticado fora do horário de funcionamento da repartição quando, depois de iniciado, a sua interrupção possa causar prejuízo à parte ou à própria Administração (art. 23, parágrafo único).

> *Parágrafo único. Serão concluídos depois do horário normal os atos já iniciados, cujo adiamento prejudique o curso regular do procedimento ou cause danos ao interessado ou à Administração.*

Por fundamento de interesse público é possível a realização de ato fora da repartição pública (art. 25). Ex.: Leilão em auditório particular, pela falta de local apropriado dentro da Administração.

> *Art. 25. Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do órgão, cientificando-se o interessado se outro for o local de realização.*

3.6. INTIMAÇÃO

No processo administrativo não há diferenciação entre intimação, citação ou notificação. A lei fala em “intimação” ou “notificação” indistintamente.

Forma de realização da intimação: Pode ser feita de qualquer maneira admitia no direito: pessoal (pelo servidor público e/ou no próprio balcão da administração), via postal com AR, edital, ou por qualquer outro meio que dê ao interessado a ciência do processo.

Se a parte estiver em local incerto e não sabido → DOU: Edital.

Se a parte intimada não comparece → Revelia.

No entanto, em homenagem ao princípio da verdade material, não há no processo administrativo os EFEITOS da revelia típicos do processo judicial, tais como confissão ficta e renúncia ao direito de defesa (art. 27).

> *Art. 27. O desatendimento da intimação **não importa o reconhecimento da verdade dos fatos**, nem a renúncia a direito pelo administrado.*
> *Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.*

Inclusive é facultado à parte realizar sua defesa mesmo após o período específico para tal, desde que antes da fase da decisão, sendo a Administração obrigada a apreciá-la (art. 3º, III).

> *Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*
> *[...]*
> *III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;*

A intimação para comparecimento da parte/testemunha à repartição deve ser realizada com antecedência mínima de 03 dias úteis (art. 26, §2º).

> *Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*
> *[...]*
> *§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.*

A testemunha regularmente intimada que não comparecer pode ser conduzia coercitivamente.

4. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Aqui é diferente a ordem em que ocorre a sequência de atos. Não confundir com Processo Civil. Vamos falar aqui do processo administrativo em geral, mas já serão citados alguns pontos do **PAD** (processo administrativo disciplinar).

1) Instauração;
2) Instrução;
3) Defesa;
4) Relatório;
5) Julgamento e recurso.

4.1. INSTAURAÇÃO

O processo pode ser instaurado pela própria Administração (de ofício - princípio da oficialidade) ou mediante provocação do interessado (a pedido).

A instauração de ofício pode ocorrer:

1) Via ***auto de infração*** lavrado pelo Agente Público (processo administrativo tributário, por exemplo).

2) Via ***portaria*** editada pelo Administrador (***PAD,*** por exemplo).

OBS: verificando-se a infração pelo agente, instauração do PAD é obrigatória (ato vinculado). O PAD começa com a portaria, que precisa descrever apenas o fato praticado e a identificação do agente infrator. A capitulação da infração será feita no decorrer do processo.

A autoridade que instaura o processo é responsável pela **nomeação da comissão processante**, a quem será remetido o processo. **Todos** os processos que dependem de comissão, a sua nomeação se faz nesse momento de instauração do processo.

Depois que a comissão recebe o processo, procede-se intimação (citação) e **à fase de instrução.** A partir de agora, quem dará seguimento será a comissão.

4.2. INSTRUÇÃO

Instruir é produzir provas.

Tanto a ADM (oficialidade) quanto o interessado tem a possibilidade de produção de prova (art. 29).

> *Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Terminada a instrução parte-se para a fase de **defesa do processado.**

No caso de ***PAD***: Depois de produzidas as provas, a fase de instrução encerra-se com o ***indiciamento*** do servidor, que nada mais é do que a definição da infração por ele praticada.

Prova emprestada

Admite-se a utilização de prova emprestada em PAD. Nesse sentindo:

> *Súmula 591-STJ: É permitida a "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.*

Indaga-se:

1) O "empréstimo" da prova é permitido mesmo que o processo penal ainda não tenha transitado em julgado? SIM. É possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada validamente produzida em processo criminal, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque, em regra, o resultado da sentença proferida no processo criminal não repercute na instância administrativa, tendo em vista a independência existente entre as instâncias (STJ. 2ª Turma. RMS 33.628-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/4/2013. Info 521).

2) É possível utilizar, em processo administrativo disciplinar, na qualidade de "prova emprestada", a interceptação telefônica produzida em ação penal? SIM, desde que a interceptação tenha sido feita com autorização do juízo criminal e com observância das demais exigências contidas na Lei nº 9.296/1996 (STJ. 3ª Seção. MS 14.140-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012). STF entende da mesma forma (Info 834).

Ex.: a Polícia Federal, por meio de interceptação judicial deferida pelo juízo criminal, conseguiu captar conversa na qual determinado servidor público exige quantia para praticar certo ato relacionado com suas atribuições. Com base nessa prova e em outras constantes do inquérito, o MPF oferece denúncia contra esse servidor. A Administração Pública, por sua vez, instaura processo administrativo disciplinar.

4.3. DEFESA

Após o indiciamento (conclusão da instrução), que nada mais é do que a determinação da infração, abre-se prazo de **10 dias** para apresentação da defesa (art. 44), lembre-se que esta é a norma geral, sendo possível que outras leis estabeleçam prazo específico.

> *Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no **prazo máximo de dez dias**, salvo se outro prazo for legalmente fixado.*

Recebida a defesa, cabe à comissão processante ***RELATAR*** o processo e enviar à autoridade julgadora, encerrando os seus trabalhos.

4.4. RELATÓRIO

É o **último ato da comissão processante**, previsto no art. 47 da Lei, *in verbis*:

> ***Art. 47**. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará **proposta** de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.*

Aqui o relatório não é apenas um resumo do processo (como no processo judicial); trata-se de um ato conclusivo, em que a comissão **propõe um resultado para o processo**.

Todo esse recheio do processo realizado pela comissão (instrução, defesa, relatório), no caso de ***PAD***, corresponde ao denominado ***INQUÉRITO ADMINISTRATIVO***. As três fases correspondem ao inquérito administrativo.

Esse inquérito administrativo não é o paralelo do inquérito policial ou civil, que são investigações prévias. No âmbito administrativo, o paralelo do inquérito policial (**investigação prévia**) é a **SINDICÂNCIA.**

Feito o relatório, caso a autoridade processante não tenha competência para julgar (geralmente não tem), o processo vai para a autoridade superior, a quem caberá prolatar a decisão (é a mesma autoridade que nomeou a comissão e instaurou o processo).

Quando a comissão elabora o relatório propondo uma determinada decisão, a autoridade superior fica vinculada a essa conclusão?

Normalmente, NÃO. O relatório é apenas uma proposta. Entretanto, em se tratando de **PAD,** a autoridade superior FICA VINCULADA AO RELATÓRIO, salvo quando este for contrário às provas dos autos.

> *Lei 8.112 – Servidores Públicos Federais, **PAD***
> *Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*
> *Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

Nesse sentindo, entende o STJ:

> *No sistema de apuração de infrações disciplinares atribuídas a servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/90, a Comissão Processante não concentra as funções de acusar e julgar. Assim, a autoridade julgadora não está adstrita (vinculada) às conclusões da Comissão Processante, podendo agravar ou abrandar a penalidade, ou até mesmo isentar o servidor da responsabilidade, desde que apresente a devida fundamentação, nos moldes que prevê o art. 168 da Lei nº 8.112/90. Desse modo**, o art. 168 da Lei nº 8.112/90 permite que a autoridade contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas**. Outrossim, a autoridade competente pode também, verificando a ocorrência de vício insanável, determinar a anulação total ou parcial do PAD, ordenando a constituição de outra Comissão, para instaurar nova persecução disciplinar. STJ. 1ª Seção. MS 21.544/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2017.*

4.5. JULGAMENTO E RECURSO

4.5.1. Prazo para julgamento

Recebido o relatório, a autoridade tem o prazo de 30 dias para proferir decisão, prorrogável, motivadamente, por mais 30 (art. 49).

> *Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.*

Proferido o julgamento pela autoridade superior, abre-se prazo de **10 dias** para o recurso da parte inconformada com a decisão.

4.5.2. Recursos cabíveis

Pedido de reconsideração: Dirigido diretamente à parte prolatora da decisão recorrida. Nesse mesmo pedido, deverá constar (se for o caso) o pedido de recurso hierárquico, para a hipótese de não haver reconsideração da decisão impugnada.

Recurso Hierárquico: É o recurso dirigido à autoridade superior àquela que proferiu a decisão. ATENÇÃO: O recurso hierárquico deve ser interposto junto com o pedido de reconsideração.

Se a autoridade superior estiver dentro do mesmo órgão da autoridade julgadora, esse recurso é chamado de ***RECURSO HIERÁRQUICO PRÓPRIO***. Do contrário, é denominado ***RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO***.

Normalmente a reconsideração deve ser julgada em 05 dias. Em não havendo reconsideração, a autoridade encaminha os autos e o recurso à autoridade superior, que terá 30 dias para proferir julgamento, prorrogáveis por mais 30, motivadamente (art. 59, §1º).

> *Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de **DEZ DIAS o prazo para interposição de recurso administrativo**, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.*
> *§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, **o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de TRINTA DIAS**, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.*
> *§ 2º O prazo mencionado no parágrafo anterior **poderá ser prorrogado por igual período**, ante justificativa explícita.*

Regra geral, este recurso NÃO tem efeito suspensivo.

4.5.3. Contra a decisão proferida em sede de recurso hierárquico (2ª instância) cabe novo recurso?

A lei prevê que PODE haver novo recurso hierárquico (no máximo três instâncias). Não significa que sempre ocorrerá assim, dependerá da estrutura de cada órgão. Frise-se: Essa regra se aplica ao processo da Lei 9.784/99, vale dizer, é possível que lei específica disponha de modo diverso, prevendo número diferente de recursos.

Salvo disposição em contrário, o recurso não terá efeito suspensivo. É possível, no entanto, diante de situações de urgência, que seja concedido efeito suspensivo, de ofício ou a requerimento do interessado (art. 61).

> *Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.*

Se o recurso é interposto perante a autoridade incompetente, essa deverá indicar a autoridade competente, devolvendo o prazo ao recorrente (art. 63, §1º). Ou seja, não há prejuízo ao recorrente.

> *Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:*
> *II - perante órgão incompetente;*
> *§ 1º Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.*

4.5.4. Existe "reformatio in pejus" no recurso administrativo?

SIM, é possível. Exatamente em função do princípio da verdade real.

Veja que o que se proíbe é a o agravamento no caso de **REVISÃO:** Art. 65, parágrafo único da Lei 9.784/99 e art. 182, parágrafo único da Lei 8.112/90 (ambos relativos a processos de caráter sancionatório).

> *9.784/99 Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.*
> *Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*
>
> *8.112/90 - Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*
> *Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.*

Não havendo mais possibilidade de recurso, forma-se a denominada "***coisa julgada administrativa"***, que na realidade não é coisa julgada, pois a decisão pode ser modificada judicialmente.

Nunca esquecer que é possível o controle do judiciário no que tange à legalidade da decisão.

4.5.5. Revisão administrativa

Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção (ou seja, não se admite a "reformatio in pejus" – frise-se: somente neste caso, de **REVISÃO**!).

> *9.784/99 Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.*
> *Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*

4.5.6. Outros 'recursos' administrativos

Representação: o recorrente, denunciando irregularidades, ilegalidades e condutas abusivas oriundas de agentes da administração, postula a apuração e regularização destas situações. A grande característica é que o recorrente pode ser qualquer pessoa, ainda que não afetada pela irregularidade ou pela conduta abusiva. Recebida a 'denúncia' a administração deve instaurar o processo administrativo e apurar a situação informada.

Reclamação: revisão de ato que lhe prejudica direito ou interesse. O recorrente há de ser interessado direto na correção do ato (diferente do que vimos acima). Previsto no Decreto 20.910/32. O prazo é de **um ano,** que, passado *in albis*, gera a decadência do direito. Se for quanto à apuração de dívida da fazenda, suspende o prazo prescricional até a solução do pedido. Para discussão de outras matérias o prazo continua a correr.

5. ANULAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DE ATOS

Encerrados todos os trabalhos, o que ocorre se posteriormente se descobre uma ilegalidade no curso do processo?

Se o vício é SANÁVEL → Anulação ou Convalidação (escolha discricionária).

Se o vício é INSANÁVEL → Anulação. No entanto, se essa retirada do ato ilegal causar mais danos que a sua manutenção, deve-se manter o ato, através da ***estabilização de efeitos***.

O princípio da legalidade não é absoluto. Deve ser ponderado com demais interesses em jogo (segurança jurídica, boa-fé etc.). Daí surge a estabilização dos efeitos.

6. SOBRE O PAD DA LEI 8.112/90

O PAD pode ser mais curto (sumário) ou mais extenso (ordinário).

6.1. PAD SUMÁRIO

6.1.1. Sindicância

Descobrindo uma infração, a Administração DEVE instaurar uma SINDICÂNCIA (análogo ao inquérito no processo penal).

OBS: É possível que seja instaurado diretamente o PAD, sem passar pela sindicância, bastando que existam elementos informativos suficientes para instruir o processo.

Lembrar que, assim como o MP pode denunciar sem inquérito, tendo apenas elementos de convicção suficientes, o PAD também pode ser instaurado sem a sindicância, que seria um 'inquérito' policial ou civil do PAD.

Segundo o STJ, não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público.

> *Súmula 611-STJ: Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.*

Após as investigações realizadas na sindicância descobre-se que não houve infração. Qual o resultado da sindicância? Arquivamento.

Descobrindo-se uma infração GRAVE, deve ser instaurado um PAD ordinário (propriamente dito). Nesse caso a sindicância funciona como fase preparatória do processo, inquisitorial, sem publicidade e sem observância do contraditório ou da ampla defesa (bem semelhante ao inquérito policial).

No caso de investigação de infração LEVE, a Administração pode, ao fim da sindicância, aplicar sanção ao servidor. Infração leve é aquela punida com advertência ou suspensão de até 30 dias. Nesse caso, a sindicância tem natureza de PAD principal, porém com prazos abreviados, sendo, por isso, denominada ***PAD sumário***. Nessa forma de sindicância, dada a natureza de PAD, bem como a

possibilidade de aplicação de sanção, é imprescindível a observância do contraditório e da ampla defesa.

A sindicância deve ter a duração de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias.

6.1.2. Acumulação ilegal (PAD "sumário")

PAD Sumário de acumulação ilegal. A acumulação é infração GRAVE, punida com pena de demissão (art. 132, X da Lei).

> 8.112/90 - *Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
> *XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*

Esse procedimento, no entanto, tem prazos mais curtos, produção de provas simplificada. Em razão disso, TAMBÉM é denominado de PAD sumário (art. 133 da Lei).

> *Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão,* ***adotará procedimento sumário*** *para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:*
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;*
> *II - instrução sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório;*
> *III - julgamento.*

Importante: Antes mesmo da instauração do processo, o servidor é chamado para escolher qual dos cargos acumulados ele quer manter. Em fazendo a escolha, ocorra a exoneração do cargo preterido e não se fala mais em PAD. Presume-se a boa-fé do sujeito.

> *Lei 8112/90 Art. 133*
> *§ 1o A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.*
> *§ 2o A* ***comissão lavrará****,* ***até três dias após a publicação do ato que a constituiu****,* ***termo de indiciação*** *em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no* ***prazo de cinco dias****,* ***apresentar defesa escrita****, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição,* ***observado o disposto nos arts. 163 e 164****.*
>
> *Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
> *Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.*

Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.
§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.
§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.
§ 3o Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.
§ 4o No ***prazo de cinco dias****, contados do recebimento do processo, a* ***autoridade julgadora proferirá a sua decisão****, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no* ***§ 3o do art. 167.***

Art. 167
§ 3o Se a penalidade prevista for a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá às autoridades de que trata o inciso I do art. 141.

Art. 141. *As penalidades disciplinares serão aplicadas:*
I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão ou entidade;
§ 5o A opção pelo servidor ***até o último dia de prazo para defesa*** *configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.*

O PAD somente é instaurado se o sujeito não realiza essa escolha. No entanto, mesmo depois de instaurado, o sujeito tem outra chance de escolher um dos cargos e extinguir o PAD. Essa escolha deve ser feita até o momento de apresentação da defesa. Somente se ele não realiza a escolha o PAD continua. Sendo considerado culpado, a decisão será a de demissão de todos os cargos acumulados.

§ 6o Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, ***aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos,*** *empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.*
§ 7o O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não ***excederá trinta dias,*** *contados da data de publicação do ato que constituir a comissão,* ***admitida a sua prorrogação por até quinze dias****, quando as circunstâncias o exigirem.*

Prazo desse PAD: 30 dias, prorrogáveis por mais 15 dias.

§ 8o O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

Em relação à cumulação, importante destacar que havia entendimento do STJ e parecer da AGU determinando que nos casos em que a Constituição autoriza a cumulação, mesmo havendo compatibilidade de horários, a carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de 60 horas semanais.

Os servidores não concordaram com este entendimento e recorreram à Justiça para que pudessem manter a acumulação de cargos mesmo se a jornada semanal for superior a 60 horas. A jurisprudência acolhe o pedido dos servidores? É possível que o servidor acumule dois cargos públicos mesmo que a soma das jornadas ultrapasse 60 horas semanais? SIM. O tema é polêmico. No entanto, **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).*

A Constituição Federal em nenhum momento exigiu que a jornada semanal dos dois cargos fosse de até 60 horas. O texto constitucional exigiu apenas que haja compatibilidade de horários. Logo, essa exigência feita de que a jornada seja de até 60 horas está além daquilo que a Constituição impôs, sendo, portanto, ilegítima.

Salienta-se que a jurisprudência atual do TCU é no sentido de que a questão da incompatibilidade de horários entre os cargos acumuláveis deve ser estudada caso a caso, sem a limitação objetiva de 60 horas semanais.

OBS.: O Professor Márcio Cavalcante ressalta que o tema é polêmico e ainda podem ser encontradas decisões recentes, inclusive do STJ, em sentido contrário ao que foi explicado acima (exemplo: STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1686199/RN, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 04/12/2018). No entanto, penso que a posição exposta é, por enquanto, a majoritária.

6.2. PAD ORDINÁRIO (PROPRIAMENTE DITO)

Prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60.

Analisaremos de forma aprofundada no estudo da Lei 8.112.

7. EXECUÇÃO DAS PENAS

De acordo com o STJ, é possível o cumprimento imediato da penalidade imposta ao servidor logo após o julgamento do PAD e antes do julgamento do recurso administrativo cabível. Não há qualquer ilegalidade na imediata execução de penalidade administrativa imposta em PAD a servidor público, inda

que a decisão não tenha transitado em julgado administrativamente. (STJ 1ª Seção. MS 19.488-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25/3/2015).

INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE PRIVADA

1. INTRODUÇÃO E CONCEITO

O Estado contemporâneo apresenta nítida preocupação com o bem-estar da coletividade. Abandonou-se a doutrina do Estado liberal (‘laissez faire’) e adotou-se o modelo do Estado do bem-estar social (‘welfare state’), em que o poder público está sempre a procura de meios de satisfação do interesse público, buscando a proteção da sociedade como um todo e não mais como um somatório de individualidades.

Dentro desses meios de satisfação social encontram-se os institutos de intervenção estatal na propriedade privada, que possuem a finalidade de buscar sua melhor destinação social, mesmo que isso importe em limitação ou até mesmo supressão desse direito. É uma manifestação da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

No Brasil, a intervenção na propriedade é uma exceção, uma anormalidade, por isso, para que aconteça a intervenção, ela deve ser bem justificada.

Direito de propriedade: é exercido em caráter absoluto, exclusivo e perpétuo. Usar, fruir/gozar, dispor e reivindicar com quem quer que esteja. Fundamento: art. 5º XXII e XXIII.

> *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:*
> *[...]*
> *XXII - é garantido o direito de propriedade;*
> *XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;*

Conceito de intervenção: A intervenção estatal na propriedade alheia, portanto, pode ser entendida como a atividade estatal que tem por fim ajustar, conciliar o uso dessa propriedade privada com os interesses da coletividade.

Domínio Público: É a SOMA do domínio patrimonial com o chamado domínio iminente.

Domínio patrimonial corresponde aos bens públicos, ou seja, aquilo que já faz parte do patrimônio estatal.

O “Domínio iminente” corresponde exatamente aos bens particulares que podem ser objeto das formas de intervenção do Estado na propriedade alheia.

OBS: A expressão domínio iminente surgiu daquilo que seria o fundamento histórico das intervenções estatais na propriedade alheia, ou seja, tudo o que é particular hoje já fora do Estado no passado.

2. FUNDAMENTOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL

1) Fundamento IMEDIATO: É uma questão de **soberania estatal,** uma vez que há legislação nesse sentido.

2) Fundamento MEDIATO: Resulta da confluência de dois princípios: **supremacia do interesse público e função social da propriedade.**

3) Fundamento no PODER DE POLÍCIA: é o poder da administração de buscar o bem estar social, restringindo a atuação do particular em nome do interesse público.

Segundo a doutrina majoritária (CABM), o **poder de polícia** serve como fundamento de TODAS as modalidades de intervenção, **exceto a desapropriação**. Pois nela há a **aquisição** da propriedade pelo estado, portanto, **perda** de um direito do particular, enquanto nas outras formas de intervenção estatal há apenas uma **restrição**.

Para minoria (HLM), todavia, o poder de polícia só serviria como fundamento para hipótese de limitação administrativa.

De um modo geral, a intervenção na propriedade é JUSTIFICADA:

1) Em razão do **interesse público**
2) Em razão da **prática de uma ilegalidade** (exemplo: plantação de psicotrópicos, CF).

Existem duas espécies de intervenções estatais na propriedade: intervenções **restritivas** e intervenções **supressivas**.

Na maioria das vezes o poder público **restringe** o direito à propriedade (intervenções restritivas). A única hipótese em que o estado **retira** o direito à propriedade e, portanto, o dono perde a propriedade, é a desapropriação (intervenção supressiva)**.**

Quando o estado 'finge' uma intervenção **restritiva** quando na verdade faz uma **supressiva** (diz ser tombamento, mas não permite que a pessoa faça mais nada na propriedade) ocorre a chamada ***DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA***. O estado diz ser tombamento, mas na verdade está desapropriando sem as formalidades legais, sem o procedimento correto, isto configura abuso e acontece muito porque o estado tenta se esquivar da indenização.

3. INTERVENÇÕES ESTATAIS RESTRITIVAS DA PROPRIEDADE

São aquelas em que o Estado impõe restrições ou limitações ao uso da propriedade, porém sem retirar do proprietário a titularidade. Ex.: Imposição de limite de andares em construção predial. Estudaremos aqui as seguintes espécies de intervenções estatais restritivas na propriedade privada:

1) Limitação administrativa;
2) Servidão administrativa;
3) Tombamento;
4) Requisição administrativa;
5) Ocupação temporária: art. 36 do dl 3.365/41.

3.1. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

3.1.1. Conceito de Limitação Administrativa

Restrição à propriedade em caráter geral e abstrato, atingindo **proprietários indeterminados**. É concretizado através do poder de polícia, aqui se percebe nitidamente o caráter de busca pelo bem estar social. Exemplo: limitação de andares.

Esta medida irá **restringir o CARÁTER ABSOLUTO** da propriedade.

Conforme definição de Marçal Justen Filho, a "*Limitação Administrativa à propriedade consiste numa alteração do regime jurídico privatístico da propriedade, produzida por ato administrativo unilateral de cunho geral, impondo restrição das faculdades de usar e fruir de bem imóvel, aplicável a todos os bens de uma mesma espécie, que usualmente não gera direito de indenização ao particular*".

3.1.2. Gera direito a indenização?

Não. Prevalece na doutrina e jurisprudência que não gera o dever de indenizar, pois os proprietários são indeterminados, caráter geral.

Contudo, em situações excepcionais haverá indenização, nos casos em que há redução do valor econômico do bem.

> *Em regra, o proprietário não tem direito à indenização por conta das limitações administrativas que incidam sobre sua propriedade (a limitação administrativa é gratuita). No entanto, **excepcionalmente**, a jurisprudência reconhece o direito à indenização **quando a limitação administrativa reduzir o valor econômico do bem**. O prazo prescricional para que o proprietário busque a indenização por conta das limitações administrativas é de 5 anos. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1317806-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/11/2012 (Info 508).*

3.1.3. Controle pelo judiciário

Conveniência e oportunidade, ou seja, o judiciário não pode rever nem controlar essa conduta. Há hoje decisões na jurisprudência no que diz respeito a controle de princípios constitucionais (legalidade em sentido amplo).

3.1.4. Diferença de Limitação civil

Na limitação civil se busca o interesse privado; já na Administrativa se protege o interesse público. A ideia é a mesma: restringir o caráter absoluto da propriedade.

3.2. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

3.2.1. Previsão legal e conceito de Servidão Administrativa

Prevista no art. 40, do DL 3.365/41 (Lei da Desapropriação).

> *Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.*

É um ônus real (direito de natureza real) de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras ou serviços públicos ou de utilidades públicas, mediante indenização dos prejuízos suportados pelo proprietário (HLM).

Sendo um direito real, essa servidão tem detalhes inerentes a essa condição, como o caráter perpétuo, entretanto, essa característica não é absoluta.

Tem **finalidade específica**, **proprietários determinados**. A limitação aqui é no **CARÁTER EXCLUSIVO** da propriedade, o Estado e o proprietário usarão a propriedade.

Exemplos: Torres com cabos de alta tensão são fixadas na propriedade. Gasoduto que passa por baixo do imóvel. Cabos de telefonia. Placas de nome de rua fixada em casa.

3.2.2. Diferença para Servidão Civil

Há duas figuras – o dominante e o serviente. Na relação civil há uma dominação de um **imóvel sobre o outro**. É um bem que usa e outro bem que é utilizado. No caso da servidão administrativa, temos, por exemplo, cabos que devem ser passados pela propriedade. Aqui quem é que usa quem? Na relação civil, um bem usa e outro é usado (bem sobre outro), na servidão administrativa, um bem também é usado, há relação de dominação, entretanto com certa diferença: aqui, quem usa é o **serviço público**, **o dominante é o estado na prestação do serviço público**, o bem vai ser somente serviente, aqui a relação é de um **serviço** (utilidade pública) **sobre um bem**.

3.2.3. Indenização

A servidão administrativa será indenizável no limite dos prejuízos que eventualmente o uso da propriedade pelo poder público vier a causar. A regra, portanto, é o não cabimento de indenização.

O ônus da prova do prejuízo cabe ao proprietário.

3.2.4. Procedimento

A servidão pode ser instituída por TRÊS maneiras:

1) **Autorização legislativa** (autorizar e constituir a servidão - JSCF não aceita a instituição por lei, visto que a servidões são constituídas sobre propriedades determinadas, o que não ocorre com a lei, que estabelece o direito de uso sobre propriedades indeterminadas);
2) **Acordo administrativo;**
3) **Sentença judicial em ação promovida pelo poder público** (procedimento, nesse caso, idêntico ao da desapropriação).

Pode acontecer também de a Administração instalar a servidão sem prévio acordo e sem ação judicial, caso no qual caberá ao proprietário ajuizar ação pleiteando o reconhecimento da servidão e a eventual indenização (procedimento semelhante ao da desapropriação indireta).

Em qualquer caso a servidão deve ser inscrita no **Registro de Imóveis**, a fim de ganhar oponibilidade ‘erga omnes’. Veja que se a servidão for instituída através de previsão legal, não é necessário o registro, eis que a lei já dá a publicidade necessária.

3.2.5. Extinção da Servidão Administrativa

A servidão é, em princípio, permanente. Entretanto, alguns fatos supervenientes podem vir a desfazê-la:

1) Desaparecimento do bem gravado;
2) Incorporação do bem gravado ao domínio patrimonial do Estado;
3) Desinteresse estatal superveniente na servidão.

Ou seja, o caráter perpétuo dura enquanto durar o interesse público.

3.2.6. Principais características da servidão administrativa (JSCF)

1) Natureza jurídica de direito real na coisa alheia;
2) Incide sobre bem imóvel;
3) Tem caráter de definitividade;
4) A indenização é condicionada à existência de prejuízo.

3.2.7. Diferenças: Limitação Administrativa x Servidão Administrativa

LIMITAÇÃO	SERVIDÃO
Abstrata e geral	Determinada
Atinge o caráter ABSOLUTO (o indivíduo continua utilizando sozinho a propriedade, com restrições)	Atinge o caráter EXCLUSIVO (o indivíduo usa junto com o estado a propriedade).
Não há indenização (excepcionalmente, poderá haver quando diminuir o valor econômico do bem, conforme o STJ).	Em REGRA, não há indenização. Sem dano, sem indenização.

OBS: poder público constitui uma servidão, passando pelo imóvel fios de alta tensão. Exemplo: torres com aquelas placas: "não construir, não plantar.". Há o dever de indenizar? O poder público 'finge' servidão, entretanto há uma desapropriação indireta. Se não se pode mais usar não é servidão, servidão é uso conjunto. Se da forma que o estado usa, o indivíduo é privado totalmente da propriedade, há desapropriação. Jurisprudência reconhece que fios de alta tensão, torres alta tensão, são hipóteses que configuram **desapropriação,** devendo o estado fazer a devida indenização.

3.3. TOMBAMENTO

3.3.1. Previsão legal e conceito de Tombamento

Previsão no art. 216, §1º, da CF e Regulamentado no DL 25/37.

> *CF - Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*
> *§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância,*

> *TOMBAMENTO e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.*

É a modalidade de intervenção por meio da qual o Poder Público procura proteger e conservar o patrimônio cultural brasileiro. Dá-se causa ao tombamento quanto o Poder Público verifica que determinado bem móvel ou imóvel merece proteção estatal especial, por retratar relevante valor histórico, artístico, arqueológico, turístico ou paisagístico.

3.3.2. Classificação do Tombamento

É possível face a bem público e face a bem privado. É possível face a bem móvel ou bem imóvel. O tombamento pode ser classificado:

1) Quanto à constituição;
2) Quanto à eficácia;
3) Quanto aos destinatários;

Vejamos

1) Quanto à constituição

O tombamento pode ser **VOLUNTÁRIO** (o indivíduo pode pedir/anuir que seu bem seja tombado) ou **COMPULSÓRIO** (proprietário não tem interesse).

CESPE: Todo tombamento constitui limitação perpétua e compulsória ao direito de propriedade em benefício do interesse coletivo. ERRADO.

> DL 25/37 *Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará **voluntária** ou **compulsoriamente**.*
> *Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa*

2) Quanto à eficácia

O tombamento é **PROVISÓRIO** enquanto está em curso o procedimento instaurado pela Administração; concluído o processo e inscrito o ato no respectivo Registro Público ("Livro do Tombo"), o tombamento passa a ser **DEFINITIVO.**

A doutrina costuma dizer que o tombamento, constituído de forma definitiva, representa uma intervenção perpétua na propriedade.

OBS: STJ já proferiu decisão considerando que o tombamento provisório *não é fase procedimental*, mas sim '*medida assecuratória de preservação do bem'* até a conclusão dos pareceres e inscrição no livro respectivo. Para JSCF essa posição não coaduna com o texto legal. Ele aponta o art. 10 do DL 25/37:

> DL 25/37 *Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado **provisório ou definitivo**, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.*

*Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o **tombamento provisório se equiparará ao definitivo.***

3) Quanto aos destinatários

O tombamento ainda pode ser **GERAL** ou **INDIVIDUAL**. Exemplo de geral: Olinda, Porto Seguro, Ouro Preto, nessas cidades, ruas inteiras, foram tombadas. Se for um bem determinado, o tombamento passa a ser individual.

JSCF: não concorda com esta classificação. O tombamento para ele SEMPRE tem caráter individual. Ou seja, no caso deste tombamento 'geral' apontado acima, na verdade não passaria de vários tombamentos, cada um *per si*, instituído. O dito tombamento geral seria ato limitativo de natureza genérica e abstrata incongruente com a natureza do instituto.

3.3.3. Competência material para o Tombamento

Competência material (administrativa) é **COMUM** a **todos os entes**, art. 23 da CF. A competência dependerá do interesse, se o interesse é local, a competência será do município. Se o interesse é regional será o estado. Se for nacional, da União.

É possível que o bem seja tombado por todos os entes de uma só vez, caso todos tenham interesse.

CF Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
...
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

3.3.4. Competência legislativa para o Tombamento

A competência para legislar é **CONCORRENTE**, a União legislará sobre normas gerais, podendo os estados complementarem esta norma (competência legislativa suplementar complementar ou competência legislativa suplementar supletiva).

*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **CONCORRENTEMENTE** sobre:*
VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos
Estados.
§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

3.3.5. Instituição do Tombamento

O tombamento é sempre resultante de vontade expressa do Poder Público, mediante ato administrativo emanado do órgão Executivo. Deve ser precedido, impreterivelmente, de processo administrativo, em observância ao princípio do devido processo legal. O procedimento é previsto no DL 25/37.

> DL 25/37 *Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:*
> *1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para si o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.*
> *2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.*
> *3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.*

JSCF (minoritária): o bem público, para ser tombado, deve seguir uma ordem: a União pode tombar bens dos estados e dos municípios, e os estados somente dos Municípios. Na verdade, essa ordem é somente para desapropriação, JSCF que a utiliza para tombamento também, os outros doutrinadores não concordam, nem o STF.

> *O princípio da hierarquia verticalizada, previsto no Decreto-Lei 3.365/1941, não se aplica ao tombamento, disciplinado no Decreto-Lei 25/1937. A lei de tombamento apenas indica ser aplicável a bens pertencentes a pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno. Ademais, o tombamento feito por ato legislativo possui caráter provisório, ficando o tombamento permanente, este sim, restrito a ato do Executivo. Por fim, o tombamento provisório por ato legislativo não precisa ser precedido de notificação prévia da União, exigência restrita ao procedimento definitivo promovido pelo Executivo estadual. STF. Plenário. ACO 1208 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/11/2017 (não divulgado em info).*

3.3.6. Efeitos do tombamento

1) Atinge o **CARÁTER ABSOLUTO** da propriedade.

*IPHAN: instituto responsável pelos os bens tombados pela União.

2) O tombamento, em regra, impõe **obrigações de não fazer**. Nesse caso, não há indenização decorrente do tombamento, salvo se já existir projeto de construção devidamente concluído (e tiver que ser desfeito) e outras peculiaridades do caso concreto.

3) Poderá o ato de tombamento estabelecer **obrigações de conservação (obrigações de fazer)**. Ex.: Pintar a fachada do prédio de tempo em tempo.

E se a pessoa não tem condição financeira? Isso não exime a pessoa da responsabilidade de conservar. A pessoa continua com a obrigação, mas a obrigação se resolve com a comunicação ao instituto, comprovando, que não tem condições de fazer a restauração.

> *DL 25/37 Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.*

E se antes do tombamento é feito uma obra e ao tombar o Poder Público ordena o desfazimento? Nesse caso, o ônus econômico de tal obrigação deve ser suportado pelo Poder Público.

O art. 165 do CP prevê o crime de dano ao patrimônio tombado.

> *CP Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:*
> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.*

4) Independentemente de solicitação do proprietário, **pode o poder público**, em caso de urgência, fazer **obras** de conservação no imóvel tombado.

> *DL 25/37 Art. 19 § 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.*

5) O tombamento pode vir com algumas vantagens, por exemplo, isenção de IPTU.

6) Direito de preferência dos bens tombados, o art. 22 do DL 25/37 foi revogado pelo Código de Processo Civil que passou a tratar do tema em seu art. 892, §3º:

> *CPC art. 892, § 3º No caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.*

7) O tombamento do bem NÃO IMPEDE o proprietário de gravá-lo por meio de penhor, hipoteca ou anticrese.

8) O bem tombado não pode sair do país, salvo por curto período. O bem tombado não pode ser exportado.

> *DL 25/37 Art. 14. A. **coisa tombada não poderá sair do país,** senão por curto prazo, sem transferência de domínio e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.*

Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

9) Se o patrimônio tombado for um bem público, ele é inalienável, de forma absoluta. Não se pode desafetar e depois alienar.

10) Vizinho do patrimônio tombado: não pode colocar placas, cartazes de maneira que prejudique a visibilidade do patrimônio. A ideia é que o patrimônio tombado deve ser visto.

DL 25/37Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

3.3.7. Indenização pelo Tombamento

O indivíduo não tem direito a indenização pelo simples fato de o bem ser tombado. Pode vir a ocorrer se há obrigação de fazer.

3.4. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

3.4.1. Previsão legal e conceito de Requisição Administrativa

Previsão legal no Art. 5º, XXV, da CF e art. 1.228, § 3º, do CC/02 (requisição civil).

***CF** Art. 5º XXV - no caso de **iminente perigo público**, a **autoridade competente poderá usar de propriedade particular**, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;*

***CC** Art. 1.228. § 3º O **proprietário pode ser privado da coisa,** nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, **bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente**.*

É o instrumento de intervenção estatal mediante o qual o Poder Público faz uso, compulsória e temporariamente, da propriedade particular (**bens móveis, imóveis ou serviços**), por motivos de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Frise-se: A requisição só gera a obrigação de indenizar no caso da ocorrência de dano ao particular. Indenização, essa, que sempre será POSTERIOR à limitação do direito.

Existe ainda a ***requisição militar***, que tem por objetivo o resguardo da segurança interna e a manutenção da soberania nacional (art. 139, VII da CF/88).

*CF Art. 139. Na vigência do **estado de sítio** decretado com fundamento no **art. 137, I,** (grave comoção nacional ou ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa – crise institucional ou calamidade da natureza) só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:*
VII - requisição de bens.

3.4.2. Instituição e extinção

Pode ser decretada de imediato pela Administração, sem necessidade de autorização judicial, ou seja, o ato administrativo que formaliza a requisição é dotado de autoexecutoriedade.

É instituto de natureza **transitória**, logo se extingue com o fim da situação excepcional que motivou sua instituição.

OBS: doutrina diz que quando os bens forem ***móveis*** e ***fungíveis***, o instituto é mesmo de requisição. Não confundir com desapropriação (exemplo: requisitar de fábricas roupas e comida). E no caso de roupas pessoais? Neste caso, eles deixam de ser bens fungíveis, são bens infungíveis, portanto, caso de **desapropriação.**

3.4.3. Principais características da Requisição administrativa

1) É direito **PESSOAL**, e não real (como a servidão);
2) Tem como pressuposto o perigo público iminente;
3) Incide sobre bens **móveis**, **imóveis** ou **serviços**;
4) Caracteriza-se pela **transitoriedade**;
5) A indenização é POSTERIOR à limitação do direito e depende de PREJUÍZO.

3.4.4. Diferenças: Limitação Administrativa x Requisição Administrativa

REQUISIÇÃO	LIMITAÇÃO
Determinado.	Geral e abstrato.
Atinge o caráter **exclusivo**.	Atinge o caráter **absoluto**.
Indenização ulterior.	Não há dever de indenizar (lembrar da decisão do STJ).

3.4.5. Diferenças: Requisição Administrativa x Servidão Administrativa

REQUISIÇÃO	SERVIDÃO
Determinado.	Determinado.
Temporária.	**Perpétua** (em regra).
Iminente perigo.	Não precisa de perigo.

3.5. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA (ART. 36 DO DL 3.365/41)

3.5.1. Previsão legal e conceito de Ocupação Temporária

> *DL 3.365/41 Art. 36. É permitida a **ocupação temporária**, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.*

Primeira hipótese: Imóvel não edificado ao lado de obra pública. A ideia é guardar os materiais a serem utilizados na obra.

Segunda hipótese: pesquisa arqueológica ou quanto a minérios. Serve para evitar a desapropriação desnecessária.

Terceira hipótese (Di Pietro): diz que a ocupação prevista na lei 8666 e 8987/95 é ocupação temporária (minoritária). É aquele exemplo que o poder público retoma o serviço devido a inadimplência do acordado no contrato administrativo (***CADUCIDADE***) e, não tendo bens necessários para continuidade do serviço, "*ocupa provisoriamente*" os bens do contratado. 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.

Caso ao fim do processo administrativo para a rescisão do contrato a administração fique definitivamente com os bens da concessionária ocorre o instituto chamado de ***REVERSÃO*** (ver concessão/permissão).

OBS: para rescindir, ela deve dar a empresa o **contraditório e a ampla defesa.**

A ocupação temporária atinge o **CARÁTER EXCLUSIVO** da propriedade. Comprovado o prejuízo, a ocupação temporária pode ser indenizada.

3.5.2. Diferenças: Ocupação Temporária x Servidão Administrativa

OCUPAÇÃO	SERVIDÃO
Atinge o caráter exclusivo.	Atinge o caráter exclusivo.
Temporária.	Perpétua

4. INTERVENÇÃO ESTATAL SUPRESSIVA NA PROPRIEDADE: A DESAPROPRIAÇÃO

As intervenções estatais supressivas são as espécies de intervenção em que o Poder Público RETIRA a propriedade alheia. Exemplo: desapropriação.

A desapropriação pode ser DIRETA ou INDIRETA.

4.1. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

4.1.1. Conceito

É a forma de intervenção na qual o Poder Público, sem conduzir o regular processo expropriatório, se apossa ou esgota o conteúdo econômico de um bem alheio.

É uma forma de desapropriação totalmente reprovada pela doutrina, porquanto não é realizado o pagamento de indenização prévia e tampouco a emissão da declaração de interesse público no bem. Por isso, é considerado como **verdadeiro esbulho possessório.**

4.1.2. Requisitos e "fundamento"

Requisitos: apossamento pelo estado sem o procedimento legal, afetação (destinação pública), irreversibilidade.

O fundamento legal dessa forma de desapropriação está no art. 35 do DL 3.365/41, que caracteriza o denominado "fato consumado", *in verbis*:

> **DL 3.365/41 -** *Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.*

Ou seja, uma vez consumada a apropriação do bem pelo Poder Público é fato consumado, não cabendo mais ao proprietário promover a reivindicação dele. A única medida cabível é a indenização.

4.1.3. Pretensão possessória face à ocupação pelo poder público

Haverá para o proprietário, paralelamente ao direito indenizatório, a ***PROTEÇÃO POSSESSÓRIA?*** A doutrina em sua maioria não trata do assunto, mas os poucos que tratam entendem que há um MOMENTO da consumação da desapropriação indireta que torna irreversível o apossamento.

Assim, até o momento da *consumação da desapropriação indireta*, paralelamente à **pretensão indenizatória** haverá a **pretensão possessória** do particular. Após a consumação, resta apenas a via indenizatória ao proprietário turbado ou esbulhado. Portanto:

-**Poder público ameaça:** interdito proibitório.
-**Poder público turba**: manutenção de posse.
-Poder público apossa ou esbulha: reintegração de posse.

Cuidado: somente se não tiver afetado o bem ainda. Caso o bem já tenha sido incorporado a uma finalidade pública, não cabe mais a proteção possessória, caberá aqui a "ação de desapropriação indireta", ou seja, indenização. Art. 35 do DL 3365/41. A indenização, sendo por débito judicial, será feita por **precatório.**

Essa ação de indenização pode ser promovida a partir do esbulho até o momento em que restar prescrito o direito.

A ação proposta pelo prejudicado em face do Poder Público, que se apossou do bem pertencente a particular sem observar as formalidades legais da desapropriação.

Trata-se de uma ação condenatória, objetivando indenização por perdas e danos.

Também é chamada de "ação expropriatória indireta" ou "ação de ressarcimento de danos causados por apossamento administrativo".

4.1.4. Prazo prescricional da pretensão indenizatória

Nesse ponto que surge uma incontornável polêmica: Qual é o prazo prescricional da pretensão indenizatória? Vai variar dependendo da natureza que se dá a "ação de desapropriação". Há quem diga ser uma AÇÃO DE NATUREZA PESSOAL, há quem diga ser uma AÇÃO DE NATUREZA REAL.

A **MP 2.183-56/2001** (em pleno vigor, por força do art. 2º da EC 32/2001) acrescentou o parágrafo único ao art. 10 do DL 3.365/41, prevendo que "extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público".

> **DL 3.365/41 -** *Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise a indenização por RESTRIÇÕES decorrentes de atos do Poder Público. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)*

A doutrina e jurisprudência entendiam que, de qualquer forma, esse prazo não se aplicava à desapropriação indireta e ao apossamento administrativo, porquanto não se trata de restrições de direito, mas sim de SUPRESSÃO de direito (JSCF, p. 829).

A regra do art. 10 do DL 3365/41 foi levada ao STF pela ADI 2.260. Julgando a **cautelar** desta ação, o STF conclui ser uma ação de ***natureza REAL***, portanto o art. 10 está fora, considerava **o prazo prescricional de 20 anos.** Quando a ADI estava em andamento, a MP sofreu sucessivas adições, e a petição inicial da ADI não foi aditada. O STF extinguiu a ação sem julgamento de mérito por perda de objeto.

O STF e o STJ, no entanto, mantiveram o entendimento esposado na cautelar ADI citada acima. É ação de **NATUREZA REAL** e o prazo é de **20 anos** (usucapião extraordinário do CC/16). O STJ, inclusive, editou a súmula 119.

> *STJ Súmula nº 119: A ação de desapropriação indireta prescreve em ~~vinte anos~~.* **SUPERADA**.

Sucede que **com o CC/02, o prazo da usucapião extraordinária foi reduzido para 15 anos**. Assim, há quem entenda que o prazo prescricional da pretensão indenizatória passou para 15 anos (atualizando, assim, a Súmula 119).

> *Art. 1.238. Aquele que,* ***por quinze anos,*** *sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*

Por fim, a maioria da doutrina afirma que com o novo CC o **prazo é de 10 anos** (artigo 1238 § único- porque gera "atividade produtiva").

> *Art. 1.238. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo* ***reduzir-se-á a dez anos*** *se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.*

Em 2013, o STJ mudou seu entendimento, afirmando que o prazo seria de **10 anos**.

Segundo o STJ, a ação de desapropriação indireta possui natureza real e pode ser proposta pelo particular prejudicado enquanto não tiver transcorrido o prazo para que o Poder Público adquira a propriedade do bem por meio da usucapião. Em outras palavras, como não há um prazo específico previsto na legislação, o STJ entendeu que deveria ser aplicado, por analogia, o prazo da usucapião extraordinária.

Assim, enquanto não tiver passado o prazo para que o Estado adquira o imóvel por força de usucapião, o particular poderá buscar a indenização decorrente do ato ilícito de apossamento administrativo.

Qual é o prazo de usucapião extraordinária?

- No CC-1916: era de 20 anos (art. 550).
- No CC-2002: 15 anos (art. 1.238). No entanto, este prazo passa a ser de 10 anos se o possuidor tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo no local (parágrafo único do art. 1.238). Como na desapropriação indireta pressupõe-se que o Poder Público tenha realizado obras no local ou tenha dado ao imóvel uma utilidade pública ou de interesse social, entende-se que a situação se enquadraria no parágrafo único do art. 1.238 do CC, de sorte que o prazo para a usucapião seria de 10 anos.

Logo, **atualmente**, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de **10 anos**, com fundamento analógico no parágrafo único do art. 1.238 do CC.

Cuidado. A súmula 119 do STJ foi editada em 1994 e não está mais em vigor, considerando que utilizava como parâmetro o CC-1916.

Atualmente, a ação de desapropriação indireta prescreve em 10 anos.

Pode a desapropriação indireta originar-se de condutas estatais LÍCITAS? O STJ responde que sim. São os casos onde o Poder Público impõe (licitamente) restrições tão extensas ao bem particular (servidão, tombamento) que resulta inteiramente esvaziado o conteúdo econômico da propriedade. Nessa hipótese, entende-se haver também **desapropriação indireta**, possibilitando ao particular a pretensão indenizatória (REsp 141.192; 52.905 e 123.080).

4.2. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA

4.2.1. Conceito e objeto

Trata-se do **procedimento** (administrativo e quase sempre também judicial) de Direito Público pelo qual o Estado transfere, compulsoriamente, a propriedade de um bem, por razões de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, normalmente mediante pagamento de justa e prévia indenização (CF/88, art. 5º, XXIV).

> ***Art. 5º,*** *XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para* ***desapropriação*** *por* ***necessidade*** *ou* ***utilidade pública****, ou por* ***interesse social****, mediante* ***justa*** *e* ***prévia*** ***indenização*** *em* ***dinheiro****, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;*

4.2.2. Pressupostos

O dispositivo constitucional apresenta o conceito de desapropriação direta ordinária (que é a regra), indicando os seus três pressupostos:

1) Necessidade pública: A transferência do bem é **imprescindível**, tendo em vista emergências, urgência e calamidade pública. Exemplo: Desapropriação de imóvel para construção de muro a fim de impedir que um morro desabe sobre casas e mate pessoas.

2) Utilidade pública: Não é imprescindível (não é caso de vida ou morte), mas é **conveniente**. Exemplo: Desapropriação de imóvel para construção de escola.

3) Interesse social: A transferência é feita para gerar **benefícios sociais**. É a única forma que justifica a transferência do bem desapropriado **para outro particular**. Exemplo: Desapropriação de terras para reforma agrária.

A desapropriação se trata da mais gravosa forma de intervenção estatal na propriedade alheia: é a única que suprime o direito de propriedade, e não apenas o limita.

A regra geral é de que todos os bens possam ser objeto de desapropriação: móvel, imóvel, corpóreo, incorpóreo (direitos de crédito, ações e cotas de PJ), subsolo, espaço aéreo, inclusive bens públicos, nos termos do art. 2º, do DL 3.365/41 (lei que regulamenta o procedimento de desapropriação), in verbis:

> **DL 3.365/41** ***Art. 2º****. Mediante declaração de utilidade pública,* ***TODOS os bens poderão ser desapropriados*** *pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.*

A expressão 'UTILIDADE PÚBLICA' nesta lei deve ser entendida como gênero do qual são espécies as expressões 'utilidade pública' e 'necessidade pública'. Essa diferenciação foi feita pela doutrina e acabou encampada na CF/88.

> **DL 3.365/41** ***Art. 2º*** *§ 1º. A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.*
> *§ 2o Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.*

OBS1: Poderia haver discussão no sentido de que essa regra não teria sido recepcionada pela CF/88, haja vista o princípio federativo e a ausência de hierarquia entre os entes. Não prevalece esse entendimento. Na realidade, essa possibilidade de expropriação dos entes maiores em face dos menores decorre do princípio da ***PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE***, ou seja, o interesse geral deve prevalecer sobre o regional, e este sobre o local.

É necessária autorização legislativa para a realização de desapropriação de um bem público?
SIM.

> **DL 3.365/41** *Art. 2º, § 3º. É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de* ***instituições e empresas*** *cujo* ***funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização****, por* ***decreto do Presidente da República****.*

Com fundamento neste parágrafo 3º, se afirma que não podem ser desapropriados bens da administração indireta da União pelos entes menores, leia-se estados e municípios (se entidades meramente autorizadas ou que se subordinam a fiscalização do Governo federal não podem ter os bens desapropriados, quem dirá os bens da própria administração federal). A recíproca, contudo, não é verdadeira. Ou seja, os bens das EP e SEMs dos estados e municípios podem ser desapropriados pela União.

CESPE: O município decidiu desapropriar um bem da União. Essa desapropriação tem um vício de competência. ERRADO. O vício é de objeto e não de competência, isto porque o município tem competência, o problema está no objeto, no caso, o bem da União.

4.2.3. Bens que não podem ser desapropriados

1) Bens da União (exatamente pela falta de agente desapropriador);
2) Bens de absoluta fungibilidade (exemplo: moeda corrente).
3) Direitos da personalidade (honra, imagem, integridade física etc.), uma vez que são indisponíveis e inalienáveis.

4.2.4. Natureza jurídica da desapropriação

A desapropriação é uma **forma originária da aquisição da propriedade**, uma vez que não provém de título anterior e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação, além de liberar-se de quaisquer ônus preexistentes, ficando os credores sub-rogados no preço da indenização.

4.2.5. Destinação da propriedade expropriada

Em regra, a desapropriação retira o patrimônio PRIVADO/PÚBLICO e transfere para o patrimônio PÚBLICO.

*Exceção: É plenamente possível a transferência do bem expropriado para outro particular, desde que a desapropriação seja fundada no pressuposto do ***INTERESSE SOCIAL***, ou seja, busca-se aqui a concretização da função social da propriedade. É o clássico exemplo da "desapropriação" para fins de reforma agrária.

4.2.6. Indenização

Em regra, a desapropriação é **INDENIZÁVEL**, devendo o pagamento ser realizado em **DINHEIRO.**

*Exceção à indenização: ***"DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA"***. Art. 243 da CF/88. A Constituição usa o termo "expropriação" (glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas). Entretanto, deveria ter utilizado o termo "confisco". Seria o caso de "desapropriação" não indenizável.

> *CF - Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)*
> *Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)*

*Exceção ao pagamento em dinheiro: Nos casos de ***"DESAPROPRIAÇÃO SANCIONATÓRIA"*** (desapropriação extraordinária) previstos na CF (não cumprimento da função social da propriedade), o pagamento será feito em *títulos da dívida pública* (desapropriação de imóveis urbanos - art. 182, §4º, III da CF) ou em *títulos da dívida agrária* (desapropriação de imóveis rurais - art. 184 da CF).

OBS: Há um entendimento minoritário no sentido de diferenciar desapropriação de expropriação, exatamente por conta do art. 243, que usa a expressão expropriação (Celso Ribeiro Bastos). Assim:

- Desapropriação: Indenizável.

- Expropriação: Não indenizável.

5. COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE DESAPROPRIAÇÃO

O estudo da competência deve levar em conta três frentes distintas: competência legislativa; competência declaratória e competência administrativa.

5.1. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DESAPROPRIAÇÃO

Competência **PRIVATIVA da União** (art. 22, II da CF/88). Essa competência pode ser delegada, por meio de lei complementar, a Estados e DF.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *II - desapropriação;*
> *Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

OBS: A regra é cada ente federado legislar sobre o seu próprio direito administrativo. A desapropriação é uma exceção.

5.2. COMPETÊNCIA PARA DECLARAR O FUNDAMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO

Trata-se da competência para **declarar a utilidade pública** (e aqui incluo a necessidade pública) ou **interesse social** do bem com vistas a ser desapropriado.

Como regra geral, **TODOS os entes políticos** têm competência para realizar a declaração do fundamento (competência comum), até porque a desapropriação pode ser motivada por interesses federais, estaduais ou municipais.

Existe uma espécie de desapropriação cuja declaração é PRIVATIVA DA UNIÃO: declaração de interesse social na desapropriação para fins de **reforma agrária** (CF, art. 184).

> ***CF,*** *Art. 184.* ***Compete à UNIÃO desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária,*** *o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.*

A regra é que a declaração seja feita por decreto do **Chefe do Poder Executivo** dos Entes Federados (art. 6º do DL 3.365/41). Entretanto, poderá ser feita também por **lei desapropriatória** (art. 8º do DL 3.365/41).

DL 3.365/41 Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

Art. 8º O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.

OBS: No caso de desapropriação de BENS PÚBLICOS a autorização legislativa é **indispensável.**

Art. 2º,
§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

É possível que a DECLARAÇÃO de fundamento se faça por iniciativa de pessoa administrativa (entidades da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA)? No âmbito federal temos DOIS CASOS: Trata-se da ANEEL, cuja declaração de fundamento da desapropriação de áreas necessárias para o exercício de atividade fornecedora de energia elétrica se dá por meio de portaria da referida agência reguladora. O segundo caso é o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, cuja natureza é de autarquia, podendo declarar fundamento para o fim de ser promovida desapropriação visando implantação do Sistema Nacional de Viação.

5.3. COMPETÊNCIA PARA EFETIVAR/EXECUTAR/PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO

É a competência para efetivar a transferência do domínio do bem. Essa competência vai desde a negociação com o proprietário até a finalização do processo judicial expropriatório, passando pelo ajuizamento da respectiva ação de desapropriação.

Todos os entes podem realizar a desapropriação (União, Estado, Municípios e DF). Em algumas situações, esta competência sofre uma restrição, a exemplo da reforma agrária que compete apenas à União e do plano diretor que compete apenas ao Município.

A desapropriação na via administrativa possui duas fases:

- Declaratória: decreta a desapropriação.
- Executiva: pagamento da indenização.

Os entes políticos (administração direta) realizam todas as etapas do procedimento administrativo de desapropriação.

Porém, há uma segunda hipótese de competência material, decorrente do art. 3ª, DL 3365/41 (norma geral sobre desapropriação), em que é possível que os delegados (pessoas da administração indireta – autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), bem como as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, realizem a desapropriação. Porém, estes entes possuem uma competência material restrita, somente podem realizar a fase executiva, não podem decretar a desapropriação.

Art. 3o Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Neste caso, a administração direta decreta a desapropriação e transfere a fase executiva (pagar o valor e entrar no bem) aos entes delegados (administração indireta, concessionárias e permissionárias de serviço público).

6. ESPÉCIES DE DESAPROPRIAÇÃO DIRETA

Há três (ou quatro) grupos de espécies:

1) Desapropriações ordinárias;
2) Desapropriações extraordinárias;
3) Desapropriações confiscatórias;
4) "Desapropriações *judiciais".

Vejamos:

6.1. DESAPROPRIAÇÕES ORDINÁRIAS

São assim chamadas devido a três características:

1) Não têm caráter punitivo ou sancionatório;

2) Indenização JUSTA, PRÉVIA e em DINHEIRO;

OBS: Justa e prévia são termos contraditórios, da mesma forma como os termos segurança e celeridade. Abaixo veremos como ocorre a compatibilização dessa antinomia.

3) Não há restrição quanto aos entes federados que podem conduzi-las (ao contrário de outras formas de desapropriação).

Essa forma de desapropriação está contemplada no art. 5º, XXIV da CF/88.

> ***Art. 5º,*** *XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por* ***necessidade*** *ou* ***utilidade pública****, ou por* ***interesse social****, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;*

O dispositivo apresenta o conceito de desapropriação direta ordinária (que é a regra), indicando suas três subespécies:

1) Necessidade pública (DL 3.365/41);
2) Utilidade pública (DL 3.365/41);
3) Interesse social (Lei 4.132/62).

6.1.1. Necessidade pública (DL 3.365/41)

Necessidade pública é o fundamento da desapropriação referente a uma situação relacionada com a sobrevivência de integrantes da coletividade. Exemplo: Desapropriação para construção de muro de contenção para evitar deslizamento de terra sobre casas. Caso de SC.

6.1.2. Utilidade pública (DL 3.365/41)

Utilidade pública é o fundamento da desapropriação relacionado com questão de qualidade de vida. É quando a desapropriação pode melhorar a qualidade da vida da comunidade, porém não é imprescindível para a sobrevivência de ninguém. Exemplo: desapropriação de escola para construção de torre de telecomunicação.

OBS: art. 1º do DL 3.365/41. Esse decreto só se refere a casos de utilidade pública. A noção de necessidade pública decorre de uma construção doutrinária, que acabou sendo encampada pela Constituição. É uma distinção sutil, artificial e inútil.

> *DL 3.365/41, Art. 1º A desapropriação por utilidade pública regular-se-á por esta lei, em todo o território nacional.*

A diferença utilidade X necessidade é mais ou menos como a diferença entre serviços públicos necessários e úteis.

Problema da distinção: Há uma área cinzenta de difícil distinção. Exemplo: A desapropriação para construção de hospital seria necessidade ou utilidade? A doutrina diverge.

> *Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública* ***(ou necessidade pública!)****:*
> *a) a segurança nacional;*
> *b) a defesa do Estado;*
> *c) o socorro público em caso de calamidade;*
> *d) a salubridade pública;*
> *e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;*
> *f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;*
> *g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;*
> *h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;*
> *i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;*
> *j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;*
> *k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;*
> *l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;*
> *m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;*
> *n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;*
> *o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;*
> *p) os demais casos previstos por leis especiais.*
> *§ 1º - A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea i do caput deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.*

§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação.
§ 3º Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão.

6.1.3. Interesse social (Lei 4.132/62)

A transferência de domínio é feita para **gerar benefícios sociais**.

Segundo Hely Lopes Meirelles (HLM), há interesse social quando "*as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização, ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público*".

***Lei 4.132/62** Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.*

*Art. 2º Considera-se de **interesse social**:*
I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:
IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
V - a construção de casa populares;
VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.
VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Nesse caso da Lei 4.132/62, a desapropriação NÃO TEM CARÁTER SANCIONATÓRIO (ou seja, tem indenização justa, prévia e em dinheiro e sem restrição de entes).

NÃO SE CONFUNDE com a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária e reforma urbana, que são espécies do gênero desapropriação extraordinária (possuem caráter sancionatório).

Por conta dessa aparente confusão, alguns doutrinadores denominam a Desapropriação da Lei 4.132/62 de desapropriação por **interesse social GERAL**, enquanto as outras duas citadas seriam formas de desapropriação por **interesse social ESPECIAL**.

Os bens objeto desse tipo de **desapropriação (ORDINÁRIA**) podem ser transferidos para suprir o interesse que a motivou, a administração deve atender uma finalidade. **Essas destinações são divididas em:**

1) Desapropriação por zona ou extensiva

O Estado vai fazer uma obra e seu entorno será valorizado; ele pode desapropriar tanto a área necessária para a obra quanto o entorno que será valorizado por ela. Nesse caso, a área do entorno poderá ser vendida após a valorização.

2) Desapropriação para urbanização ou industrialização

Por razões de organização, urbanização da cidade (política urbana), criação de zonas industriais. Pode desapropriar um terreno de indústria que está em um bairro residencial, por exemplo.

3) Desapropriação florística ou para fins ambientais

APA: Área de Preservação Ambiental. Pode ser de duas formas: em uma primeira hipótese, pode-se continuar utilizando a área (morando), com limites, restrições. Neste caso, as condições de uso são feitas por **limitação administrativa**.

Em uma segunda hipótese, temos uma preservação total, que a área deve ser totalmente preservada, sendo privado seu uso, esta que se denomina ***DESAPROPRIAÇÃO FLORÍSTICA.*** O fundamento dessa desapropriação é a utilidade pública.

Os bens objeto desse tipo de **desapropriação (ORDINÁRIA**) podem ser transferidos para suprir o interesse que a motivou, a administração deve atender uma finalidade.

> ***STJ (556)*** *- Se, em procedimento de desapropriação por interesse social, ficar constatado que a área medida do bem é maior do que a escriturada no Registro de Imóveis, o expropriado receberá indenização correspondente à área registrada, ficando a diferença depositada em Juízo até que, posteriormente, se complemente o registro ou se defina a titularidade para o pagamento a quem de direito. A indenização devida deverá considerar a área efetivamente desapropriada, ainda que o tamanho real seja maior do que o constante da escritura, a fim de não se configurar enriquecimento sem causa em favor do ente expropriante.*
>
> ***STJ (547)*** *- Na ação de desapropriação por utilidade pública, a citação do proprietário do imóvel desapropriado dispensa a do respectivo cônjuge*

6.2. DESAPROPRIAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS

Razão da nomenclatura:

1) Tem caráter PUNITIVO, SANCIONATÓRIO (elas punem o descumprimento da função social da propriedade);

2) JUSTA, PRÉVIA e **EM TÍTULOS** (TDA – títulos da dívida agrária ou TDP – títulos da dívida pública).

3) Tem RESTRIÇÃO quanto aos entes que podem promovê-las. Uma das subespécies só pode ser promovida pela União; outra pelos municípios e DF.

Duas são as subespécies:

1) Interesse social para fins de reforma agrária;
2) Interesse social para fins de reforma urbana.

6.2.1. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária ("Desapropriação rural")

Previsão: CF/88, arts. 184 a 186. Dispositivos regulamentados pela Lei 8.629/93 (direito material) e LC 76/93 (direito processual).

> *CF Art. 184. Compete à UNIÃO desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.*
> *§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.*
> *§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.*
> *§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação (LC 76/93)*
> *§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.*
> *§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.*

É uma forma especial de interesse social, porém aqui existe caráter sancionatório e restrição de entes. NÃO podem ser objeto desse tipo de desapropriação: pequena, média (desde que não tenha outra) e a produtiva.

> *CF Art. 185. São INSUSCETÍVEIS de desapropriação para fins de reforma agrária:*
> *I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;*
> *II - a propriedade produtiva.*
> *Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.*

Estados e municípios podem desapropriar para fins de reforma agrária? A desapropriação com o fim especial de reforma agrária do art. 184 da CF é de competência privativa da União.

Porém, há doutrinadores que defenderam a existência de outra forma de desapropriação que também serviria para fins de reforma agrária: Art. 2º, III da Lei 4.132/62 (hipótese de desapropriação ordinária para interesse social).

> *Lei 4.132/62 Art. 2º Considera-se de interesse social:*
> *III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:*

Outros autores sustentaram que não seria possível, dizendo que a CF/88 tornou competência exclusiva da União toda e qualquer hipótese de reforma agrária. **Dessa forma, a dispositivo supracitado não teria sido recepcionado.**

A discussão chegou aos Tribunais superiores: STF SS 2217; STJ RMS 16.627; RMS 13.959.

Conclusão: A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (**sancionatória** e **extraordinária**), prevista no art. 184 da CF/88, que é de competência exclusiva da União, CONVIVE (segundo precedentes do STJ e STF) com a desapropriação por interesse social geral prevista na Lei 4.132/62 (que é ordinária, ou seja, sem caráter sancionatório, com indenização justa, prévia, e em dinheiro; e que independe de ser produtiva ou não a propriedade rural).

Ou seja, o mesmo fundamento para desapropriação pode configurar duas modalidades, se a desapropriação não tem natureza de pena ela será a comum/ordinária e a indenização será prévia, justa e em dinheiro (podendo, neste caso, ser feita pela União, Estados ou Municípios). Se o proprietário descumpre a função social da propriedade, neste caso, a desapropriação é uma sanção, e será feita em títulos (competindo a União).

> ***Art. 5º,*** *XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por* ***necessidade*** *ou* ***utilidade pública****, ou por* ***interesse social****, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;*

6.2.2. Desapropriação por interesse social para fins de reforma urbana (“Desapropriação Urbanística” ou ‘para plano diretor’)

Previsão: CF/88, art. 182, §4º, III, regulamentado pelo art. 8º da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

> ***CF Art. 184*** *§ 4º - É facultado ao* ***Poder Público municipal****, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*
> *I - parcelamento ou edificação compulsórios;*
> *II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;*
> *III -* ***desapropriação*** *com pagamento mediante* ***títulos da dívida pública*** *de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.*
>
> *Lei 10.257/01, Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o* ***MUNICÍPIO poderá proceder à desapropriação do imóvel****, com pagamento em títulos da dívida pública.*

É o único caso em que o município pode emitir TDP (título da dívida pública). Esse TDP não tem poder liberatório para pagamento de tributos (art. 8º, §3º da Lei).

> ***Lei 10.257/01 Art. 8º,*** *3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.*

Exemplo: desobedecer ao plano diretor (que manda urbanizar área x) por conta de especulação imobiliária. Indivíduo tem terreno apenas esperando a valorização para vender a construtora que pretende fazer prédio ao redor. O indivíduo que faz isso desrespeita a função social da propriedade. O que a administração deve fazer? A desapropriação é medida drástica, a administração tomará outras medidas menos impactantes antes da desapropriação. Como visto acima, são elas:

1) Primeira medida: Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (prazo de 01 ano para apresentar o projeto e de 02 anos para começar a obra).

> *Lei 10.257/01*
> *Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.*
> *§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:*
> *I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;*
> *II – (VETADO)*
> *§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.*
> *§ 3º A notificação far-se-á:*
> *I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;*
> *II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.*
> *§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:*
> *I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;*
> *II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.*

2) Segunda medida: IPTU com alíquota progressiva que durará cinco anos, podendo chegar até 15%.

> *Lei 10.257/01 Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.*
> *§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento*

3) Terceira medida: **Desapropriação**. Essa é de competência exclusiva do município e, por extensão, do DF (art. 51 do Estatuto).

> *Lei 10.257/01 Art. 51. Para os efeitos desta Lei, aplicam-se ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito.*

6.3. DESAPROPRIAÇÃO-CONFISCO (OU CONFISCATÓRIA)

Assim chamada, pois:

1) Pune o cometimento de crime;
2) Não é indenizável;
3) Só a União pode realizá-la.

Prevista no art. 243 da CF/88, regulamentada pela Lei 8.257/91.

> *Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)*
> *Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)*

Primeira situação: Pessoa planta psicotrópicos em seu imóvel. Será desapropriado SEM indenização.

Segunda situação: Pessoa que utiliza trabalho escravo;

Terceira situação: Pessoa utiliza bens de valor econômico para o tráfico (carros, barcos etc.) e da exploração do trabalho escravo. Aqui há duas destinações possíveis. Esses bens serão expropriados, sendo revertidos a um fundo especial de destinação específica.

*Competência: **UNIÃO**.

6.4. "DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL"

Maffini não concorda com este nome. Miguel Reale defende essa "desapropriação". Normalmente os civilistas defendem.

Prevista no art. 1.228, §§4º e 5º do CC.

> ***CC Art. 1.228** § 4º O proprietário **também** pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir **em extensa área**, na **posse ininterrupta e de boa-fé**, **por mais de cinco anos**, de **considerável número de pessoas**, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de **interesse social** e **econômico relevante**.*

Interpretando gramaticalmente, já fica claro que não é caso de desapropriação.

> *§ 5º No caso do parágrafo antecedente, **o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário**; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.*

Exemplo do Rafael Maffini, no pós-doutorado na Alemanha, pegaram o terreno dele e venderam para construtora. Os condôminos usucapiram apenas as unidades autônomas. Quanto à área comum (cujo lapso temporal ainda não garantiu a usucapião), o juiz manda arbitrar um valor e manda que o Rafael venda para o condomínio.

Maffini: Na realidade, essa "desapropriação" é hipótese de **adjudicação compulsória**. Não pode ser concebida como desapropriação, pois não é realizada pelo Poder Público, mas sim pelos particulares, sendo regida, pois, pelo **Direito Privado**.

7. PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO (DL 3.365/41)

Esse DL é considerado a LGD (Lei geral da Desapropriação). O procedimento é dividido em duas grandes fases: DECLARATÓRIA e EXECUTÓRIA.

- Na fase DECLARATÓRIA o Poder Público manifesta a sua vontade na futura desapropriação;
- Na fase EXECUTÓRIA são adotadas as providências para consumar a transferência do bem.

7.1. FASE DECLARATÓRIA

7.1.1. Declaração Expropriatória

Inicia o procedimento de desapropriação.

O procedimento tem início com a **DECLARAÇÃO EXPROPRIATÓRIA**, que é o ato pelo qual o Poder Público declara a **vontade** de desapropriar e o **fundamento** em que se baseará a desapropriação (necessidade pública, interesse público, utilidade pública).

A declaração expropriatória pode ser feita por meio de **DECRETO EXPROPRIATÓRIO** do chefe do poder executivo (art. 6º) ou por meio de **LEI EXPROPRIATÓRIA** (art. 8º - lei de efeitos concretos: lei enquanto procedimento e forma, mas conteúdo de ato administrativo).

> *Art. 6º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do **Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.***
>
> *Art. 8º O **Poder Legislativo** poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.*

OBS: Há também a possibilidade já aventada de a declaração partir da ANEEL e DNIT (exceção, pois são autarquias, ou seja, pessoas jurídicas de direito público da administração indireta)

Na declaração expropriatória deve constar:

1) Descrição precisa do bem;
2) Finalidade da desapropriação;
3) Fundamento legal que autoriza a desapropriação;
4) Identificação do proprietário;
5) Recursos orçamentários para custear a despesa.

7.1.2. Efeitos da Declaração Expropriatória

1) A declaração NÃO tem o condão de transferir a propriedade do bem, todavia, a simples declaração de fundamento já autoriza a Administração a **ingressar no bem expropriado para fins de avaliação**, **mensuração** etc. Quanto a esse fim, o ato é autoexecutório (art. 7º).

> *Art. 7o Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.*
> *Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.*

2) **Início do prazo de caducidade do ato**;

3) **Indicação do estado** em que se encontra o bem a ser expropriado, para fins de fixar o valor da futura indenização;

OBS: Súmula 23 do STF

> ***STF SÚMULA 23*** *Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada.*

7.1.3. Prazo de caducidade do ato declaratório

O ato declaratório tem prazo de caducidade, ou seja, um prazo dentro do qual a Administração DEVERÁ efetivar a desapropriação administrativa ou judicialmente (prazo que ocorra a citação válida na ação). Esse prazo tem o fim de evitar que a declaração de fundamento fique como uma espada na cabeça do sujeito.

1) Nos casos de **utilidade/necessidade pública** → **05 anos** (DL, art. 10);

> *Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, **dentro de cinco anos**, **contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará**. (Vide Decreto-lei nº 9.282, de 1946)*
> *Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração. (ou seja, no 7º ano da primeira declaração)*

2) Nos casos de **interesse social** → **02 anos** (art. 3º da Lei 4.132/62 - interesse social **geral**; art. 3º da LC 76/93 - interesse social para **fins de reforma agrária**).

Lei 4.132/61 - Interesse social "geral"
Art. 3º O expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.

LC 76/93 – Interesse social para fins de reforma agrária
Art. 3º A ação de desapropriação deverá ser proposta dentro do prazo de dois anos, contado da publicação do decreto declaratório.

Ocorrendo a caducidade, somente depois de 01 ano poderá o mesmo bem ser objeto de nova declaração expropriatória (DL 3.365/41, art. 10).

7.2. FASE EXECUTÓRIA

Começa logo após a fase declaratória.

Após declarar interesse no bem, o Poder Público faz uma avaliação administrativa do preço do imóvel e toma as medidas necessárias para transferi-lo ao seu patrimônio.

É a fase em que o Poder Público age no sentido de efetivar a desapropriação. Nesse momento, dois tipos de execução podem ocorrer:

1) **Execução administrativa**: Ocorre quando o expropriado ACEITA o valor de indenização oferecido pela Administração. É a chamada 'desapropriação amigável', que retrata um contrato de compra e venda.
2) **Execução judicial**: Ocorre quando o expropriado NÃO ACEITA o valor ofertado, caso no qual deverá o Poder Público ingressar em juízo a fim de efetivar a desapropriação.

8. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

8.1. CONCEITO

Trata-se de ação proposta pelo Poder Público contra o expropriado que não concordou com o valor oferecido como indenização pela desapropriação de seu bem.

Na petição inicial deve constar o valor da indenização oferecida ao expropriado.

8.2. PERÍCIA

O juiz, quando recebe a Inicial, já determina a realização da prova pericial sobre o bem.

8.3. CONTESTAÇÃO

A contestação somente poderá versar sobre:

• vício do processo judicial (questões processuais);

• impugnação do preço (valor da indenização).

8.4. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

Em regra, a posse do Poder Público sobre o bem somente ocorre quando tiver terminado o processo de desapropriação e paga a indenização.

No entanto, o juiz pode determinar a imissão provisória na posse, ou seja, que o Poder Público fique com a posse do bem mesmo antes do processo chegar ao final.

8.4.1. Requisitos para a imissão provisória

Para a imissão provisória na posse são necessários dois requisitos:

• urgência da medida;

• depósito do valor do bem, segundo critérios definidos na lei.

Cumpridos os requisitos acima, é direito subjetivo do expropriante a imissão provisória.

8.5. SENTENÇA

O juiz, com base no laudo pericial, fixará na sentença o valor da justa indenização.

A sentença que julga a desapropriação gera os seguintes efeitos:

• autoriza a imissão definitiva na posse;

• constitui título hábil para o registro da propriedade do bem no Registro de Imóveis.

8.6. VALOR DA INDENIZAÇÃO

O Decreto-Lei n. 3.365/41 determina que o valor da indenização será calculado com base no preço do imóvel no momento da perícia (avaliação). Veja:

> *Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado.*

A avaliação de que trata esse artigo é a administrativa ou a judicial? Em outras palavras, o valor da indenização a ser paga será calculado com base no preço do imóvel no momento da avaliação administrativa ou judicial?

No momento da avaliação judicial. Nas desapropriações para fins de reforma agrária, o valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação efetivada em juízo, tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa. De fato, a avaliação efetivada em juízo, ordinariamente, deverá se reportar à época em que for realizada – e não ao passado – para fixar a importância correspondente ao bem objeto da expropriação, haja vista que exigir que esses trabalhos técnicos refiram-se à realidade passada (de anos, muitas vezes) pode prejudicar a qualidade das avaliações e o contraditório.

Logo, quando o art. 26 do DL 3.365/41 afirma que a indenização, em regra, deverá corresponder ao valor do imóvel apurado na data da perícia, ela está se referindo à avaliação judicial.

Salienta-se que a Lei 13.867/2019 passou a prever que o valor da indenização nas desapropriações por utilidade pública poderá ser definido por meio de mediação ou arbitragem.

8.7. JUROS COMPENSATÓRIOS NA DESAPROPRIAÇÃO

8.7.1. Em que consistem

O juiz pode autorizar que, antes de a ação desapropriação terminar, o Poder Público já assuma a posse do bem desapropriado. A isso se chama de imissão provisória na posse.

Ocorre que, se o valor da indenização fixada na sentença for maior do que a quantia oferecida pelo Poder Público, isso significa que o proprietário do bem estava certo ao questionar esse valor e que ele foi "injustamente" retirado prematuramente da posse de seu bem. Digo "injustamente" porque o valor oferecido era menor realmente do que preço devido.

Assim, a legislação, como forma de *compensar* essa perda antecipada do bem, prevê que o expropriante deverá pagar juros *compensatórios* ao expropriado.

Desse modo, os juros compensatórios na desapropriação são aqueles fixados com o objetivo de compensar o proprietário em razão da ocorrência de imissão provisória na posse.

8.7.2. Qual é o termo inicial dos juros compensatórios?

Na desapropriação direta, os juros compensatórios são contados desde a data de imissão na posse.

Na desapropriação indireta, os juros compensatórios incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (súmula 114-STJ).

8.7.3. Qual é a taxa dos juros compensatórios?

É importante, no entanto, fazermos um breve histórico sobre o tema:

• 1941: na redação original do DL 3.365/41 não havia previsão do pagamento de juros compensatórios nos casos de imissão provisória na posse do bem expropriado;

• 1963: o STF, por criação jurisprudencial, entende que devem ser pagos juros compensatórios e edita a Súmula 164 com a seguinte redação: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”. Como não havia um percentual previsto no DL 3.365/41, a jurisprudência entendeu àquela época que o percentual dos juros compensatórios deveria ser fixado em 6% ao ano, com base no Código Civil de 1916.

• 1984: o Brasil vivia um cenário de inflação crônica com a perda do poder aquisitivo da moeda sem que existissem mecanismos de correção monetária. Tudo isso, aliado à excessiva demora dos processos de desapropriação, bem como a disposição da Lei da Usura que limita a taxa de juros ao dobro da legalmente prevista, levaram o STF a modificar a jurisprudência e passar a entender que os juros deveriam ser fixados em 12% ao ano, correspondente ao dobro dos juros legais do Código Civil de

1916. Foi, então, editada a Súmula 618, com a seguinte redação: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano."

• 1997 (11/06/1997): o Governo editou a MP 1.577/1997 reduzindo os juros compensatórios para 6% ao ano. Nas sucessivas edições da Medida Provisória até chegar à MP 2.183-56, a redação foi alterada para estabelecer a taxa em "até 6%", além do ônus do proprietário de provar a perda da renda sobre o imóvel como condição para o deferimento do pagamento dos juros compensatórios e afastar o pagamento quando o grau de utilização e eficiência na exploração da propriedade forem iguais a zero.

• 2001: o STF concedeu medida liminar nesta ADI 2332/DF declarando inconstitucional a redução dos juros para 6% e determinando a volta da taxa fixa para 12%. A decisão do STF foi publicada em 13/09/2001. Vale ressaltar, no entanto, que essa decisão do STF foi ex nunc (para frente). Assim, a MP 1.577/97 produziu efeitos no período de 11/06/1997 a 13/09/2001. Neste período, a taxa de juros foi de 6%, voltando a 12% após a decisão liminar do STF na ADI 2332/DF. Na mesma decisão foi suspensa a eficácia dos §§1º e 2º do art. 15-A, que tratam das condicionantes para incidência de juros compensatórios (comprovação de perda de renda e grau de utilização).

• **2018:** o STF, ao julgar em definitivo a ADI 2332/DF, decidiu que é constitucional o percentual fixo de 6% previsto no art. 15-A do DL 3.365/41. Veja a redação do dispositivo:

> *Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de ~~até~~ (vocábulo declaro inconstitucional) seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. (Incluído pela MP 2.183-56, de 2001)*

Assim, o Plenário do STF reconheceu a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem.

Obs.: A utilização do termo "até" para a fixação da taxa de juros a ser aplicada nos casos de imissão provisória na posse cria insegurança jurídica e institui regime de discricionariedade injustificado. Isso porque não faz sentido a taxa de juros ser variável sem qualquer justificativa lógica. Isso viola a determinação do texto constitucional de que o expropriado deverá receber justa indenização.

Com essa decisão estão superadas as Súmulas 618 do STF e 408 do STJ:

> *Súmula 618-STF: ~~Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano~~.*

> *Súmula 408-STJ: ~~Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória 1.577 de 11/06/1997 devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal~~.*

Em suma (tabela extraída do site Dizer o Direito):

PERÍODO APROXIMADO	TAXA DE JUROS COMPENSATÓRIOS	FUNDAMENTO

De 1941 até 1963	Não havia	Ausência de previsão no DL
De 1963 até 1984	6% ao ano (0,5% ao mês)	Súmula 164-STF e CC-1916
De 1984 até 10/06/97	12% (1% ao mês)	Súmula 618-STF
De 11/06/1997 a 13/09/2001	6% (0,5% ao mês)	MP 1.577/97 reeditada sucessivas vezes até a MP 2.183-56.
De 14/09/2001 a 28/05/2018	12% (1% ao mês)	Decisão liminar na ADI 2332 e Súmula 408-STJ
A partir de 28/05/2018*	6% (0,5% ao mês)	Decisão final na ADI 2332 e art. 15-A do DL 3.365/41

* considerando que haja modulação dos efeitos e que a decisão final na ADI 2332 não tenha efeitos *ex tunc*.

9. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES SOBRE DESAPROPRIAÇÃO

9.1. TREDESTINAÇÃO

É a destinação desconforme com o plano inicialmente previsto no ato expropriatório. É o desvio de finalidade e vício de motivo na desapropriação. Ocorre quando o Poder Público desapropria um bem com um fundamento (motivo), mas acaba dando destinação diversa a ele.

Essa discussão não pode ocorrer na ação de desapropriação. Exige-se 'ação direta'.

STJ/STF/Doutrina: Só se analisa o desvio de finalidade em matéria de desapropriação a partir da perspectiva abstrata de interesse público (RESp. 968.414). Quando o desvio for apenas concreto (exemplo: desapropria para construir escola, mas constrói hospital), não se fala em desvio de finalidade (uma vez que a finalidade IMEDIATA do ato está sendo observada, qual seja, o interesse público). O STJ chama isso de ***TREDESTINAÇÃO LÍCITA***.

Quando há **tredestinação ilícita**, pode ocorrer o exercício da chamada **RETROCESSÃO**, prevista no art. 519 do CC, in verbis:

> *Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço ATUAL da coisa.*

STF/STJ/Doutrina: RETROCESSÃO tem **natureza jurídica de DIREITO REAL**, direito do expropriado de reaver o bem usado indevidamente pelo poder expropriante.

Além disso, o expropriado deverá pagar pelo bem seu valor atual, e não aquele valor que lhe foi pago a título de indenização.

Não sendo possível a retrocessão, a obrigação do Estado para com o expropriado resolve-se em perdas e danos. Neste caso, seria um **DIREITO PESSOAL.**

9.2. DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA (Art. 4º DL 3365/41)

> *Art. 4º A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.*

Em suma: É a possibilidade de desapropriação de uma área maior que a necessária, vislumbrando **necessidades futuras** ou **buscando evitar especulação imobiliária**.

A declaração de utilidade pública deverá compreendê-las.

9.3. DIREITO DE EXTENSÃO (Art. 37 DL 3365/41)

Ocorre quando o expropriado requer que uma desapropriação parcial de um bem se estenda à totalidade, bem como a respectiva indenização, tendo em vista a desvalorização que atingirá o bem remanescente, tornando-o praticamente inútil e inservível.

> *Art. 37. Aquele cujo bem for prejudicado extraordinariamente em sua destinação econômica pela desapropriação de áreas contíguas terá direito a reclamar perdas e danos do expropriante.*

9.4. INVASÃO x DESAPROPRIAÇÃO

> *Lei 8.629/93, art. 2, § 6º O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações.*

> ***Súmula 354 do STJ**: Confirma a Lei. A invasão do imóvel é causa de suspensão do processo expropriatório para fins de reforma agrária.*

Razão desses entendimentos: a invasão pode zoar brutalmente a propriedade, de maneira que vai prejudicar o seu proprietário na defesa da produtividade da terra. Por isso, é conveniente que seja suspenso o processo expropriatório.

STF: Interpretação conforme. Somente se a invasão inviabilizar a vistoria (fiscalização da produtividade) ocorrerá a interrupção do processo. Se a invasão for depois da vistoria ou não a inviabilizar, não obstará o processo expropriatório.

BENS PÚBLICOS

1. VISÃO GERAL

1.1. CONCEITO DE BENS PÚBLICOS

CABM: São todos os bens pertencem à Pessoa Jurídica de Direito Público **OU** que, embora não pertencendo a tais entes, estejam afetados (destinados) à prestação de serviço público.

Código Civil/VP e MA: São apenas os bens pertencentes às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

> *CC Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.*

Pessoas jurídicas de direito público são os Entes Políticos, Autarquias, Fundações Públicas e Associações Públicas.

Cuidado! Importante ressaltar a controvérsia que há na doutrina acerta dos bens das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Alguns autores, afirmam que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, desde que diretamente ligados à prestação de serviço público, seguem o regime de bem público (Celso Antônio Bandeira de Melo). Posição contrária é a de José dos Santos Carvalho Filho, para quem bem público é aquele exclusivamente pertencente às pessoas públicas.

Em regra, os bens de empresa pública e de sociedade economia mista seguem o regime privado. Porém, em casos excepcionais, quando a retirada do bem comprometer a continuidade do serviço público, por estar diretamente ligado à prestação do serviço público, seguirá o regime de bens de direito público. Nota-se que não serão bens públicos, mas que seguirão o regime de bens públicos (impenhorabilidade/não onerabilidade)

O princípio da continuidade também é entendido como obstáculo à penhora desses bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, quando o comprometimento do bem puder gerar a interrupção dos serviços (pág. 798).

Para proteção do meio ambiente, em nome da supremacia do interesse público, os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas, também são impenhoráveis.

Indaga-se: a bicicleta da ECT é penhorável? R: A ECT, apesar de ser uma empresa pública (bens seguem, em regra, o regime de direito privado), possui um tratamento diferenciado: tratamento de Fazenda Pública, ou seja, tratamento de pessoa jurídica de direito público, portanto, seus bens são públicos: impenhoráveis.

Relembrar da questão da Empresa de Correios e Telégrafos – ADPF 46. Correio possui privilégio e não monopólio!!

1.2. AFETAÇÃO (CONSAGRAÇÃO) E DESAFETAÇÃO (DESCONSAGRAÇÃO)

A afetação/desafetação pode se dar de forma expressa ou tácita.

1) De forma expressa: A doutrina diverge quanto à forma de afetar expressamente um bem.

1ª C: Por lei;

2ª C: Por lei ou por ato administrativo autorizado por lei.

3ª C: **Por lei**, por **ato administrativo autorizado por lei** ou por **mero fato jurídico** (Exemplo: Administração ocupa um prédio e dá a ele destinação pública).

2) De forma tácita: Afetação/desafetação sem manifestação expressa da Administração Pública.

OBS: NÃO SE ADMITE a desafetação (desconsagração) pelo desuso.

1.3. DOMÍNIO IMINENTE

Essa expressão decorre da **soberania estatal**. Refere-se ao poder político que o Estado tem de submeter à sua vontade, de uma forma geral, todos os bens existentes em seu território.

Esse domínio dá a sensação de que o Estado pode, a qualquer momento, submeter qualquer bem à sua vontade, através da desapropriação, por exemplo.

Domínio iminente X Domínio patrimonial

No domínio patrimonial o bem já faz parte do patrimônio público.

2. CLASSIFICAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

2.1. QUANTO À TITULARIDADE

Decorar texto da CF.

Quanto à titularidade os bens podem ser:

- Bens federais;
- Bens estaduais/distritais;
- Bens municipais.

2.1.1. Bens federais

É um rol exemplificativo, ligado às questões de interesse nacional, levando em conta aspectos como a segurança nacional, a proteção à economia do país, o interesse público nacional e a extensão do bem.

> *CF Art. 20. São bens da União:*
> *I - os que atualmente lhe **pertencem** e os que lhe **vierem a ser atribuídos**;*
> *II - as **terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras**, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e **à preservação ambiental**, definidas em lei;*
> *III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se*

estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
*IV as **ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países**; **as praias marítimas**; **as ilhas oceânicas e as costeiras**, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;*
V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
VI - o mar territorial;
VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;
VIII - os potenciais de energia hidráulica;
*IX - os **recursos minerais**, inclusive os do subsolo;*

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.
§ 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Pegadinhas:

Inciso II: Terras devolutas ora são da União, ora são dos Estados.

Inciso III: Águas, que também podem ser de outros entes.

Inciso IV: Ilhas podem ser de qualquer ente.

No caso de bens IMÓVEIS da União, alguns aspectos são tratados pela Lei 9.636/98.

2.1.2. Bens estaduais/distritais

A doutrina (José Carvalho dos Santos Filho) aponta ainda: a dívida ativa estadual, prédios estaduais, valores depositados à Fazenda Estadual.

CF Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:
*I - as **águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito**, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;*
II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

2.1.3. Bens municipais

Bens dos municípios → Critério residual.

Exemplo: Praças, ruas do Município.

OBS IMPORTANTE: no que diz respeito à competência LEGISLATIVA e ADMINISTRATIVA, a CF divide em União/Municípios, ficando a competência dos **Estados** definida pelo critério residual. Aqui (titularidade dos bens), como se pode perceber, o resíduo é para o Município.

Competências enumeradas:

- União: art. 21 - competência administrativa (exclusiva), art. 22 - competência legislativa (privativa) e art. 48 (competência do Congresso para dispor sobre todas matérias da União)
- Municípios: art. 30 - competência legislativa (privativa).

Sempre que a CF atribui uma competência administrativa, ela atribui INDIRETAMENTE uma competência legislativa.

Competências residuais: Atribuídas aos estados-membros (art. 25, §1º). Se a CF atribui a outro ente a competência, ela é vedada ao estado.

2.2. QUANTO À DESTINAÇÃO

Aqui, encontramos as seguintes classificações:

- Bens de uso comum do povo (bens do domínio público);
- Bens de uso especial (bens do patrimônio administrativo indisponível);
- Bens dominicais ou dominiais (bens do patrimônio administrativo disponível).

A previsão está no art. 99 do CC:

> *CC Art. 99. São bens públicos:*
> *I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;*
> *II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;*
> *III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.*
> *Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.*

Vejamos cada um deles:

2.2.1. Bens de uso comum do povo (bens do domínio público)

Aqueles que são destinados à utilização geral pelos indivíduos, que podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, independentemente de consentimento individualizado por parte do poder público. Exemplo: Rios, mares, praças etc.

Não pode haver nesses bens exclusividade de uso ou privilégios para determinadas pessoas.

Em regra, são colocados à disposição do povo gratuitamente. Entretanto, nada impede que a Administração cobre uma espécie de contraprestação pelo seu uso, desde que o faça indiscriminadamente (sem subjetivismos ou privilégios). Exemplo: Taxas de estacionamento rotativo em ruas movimentadas.

> ***CF Art. 5º*** *VI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público,* ***independentemente de autorização****, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;*

De fato, o Estado não pode impedir a reunião, entretanto, a doutrina lembra que quando essa reunião comprometer outros interesses públicos, o Estado pode impedir que ela aconteça desde que ele dê alternativas (locais) para que ela possa acontecer.

Esses bens, apesar de destinados ao uso comum, submetem-se ao poder de polícia da Administração, consubstanciado na regulamentação e fiscalização de seu uso, como forma de garantir sua conservação e a proteção do usuário.

> ***CC*** *Art. 103. O* ***uso comum dos bens públicos*** *pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.*

Estão afetados.

2.2.2. Bens de uso especial (bens do patrimônio administrativo INDISPONÍVEL)

São aqueles utilizados como estabelecimento de um **ente público** OU aqueles que estão destinados à **execução de serviços públicos**. Exemplo: Prédio da prefeitura.

Não podem ser usados pelo povo indiscriminadamente, devendo obedecer às regras e condições estabelecidas pelo titular público.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens de uso especial, afetados à preservação das comunidades indígenas.

Cemitério público é bem de uso especial? O cemitério em si (covas) é bem de uso especial. Já os jardins do cemitério, por exemplo, são bens de uso comum do povo.

Os bens de uso comum do povo ou de uso especial são bens que estão afetados a uma finalidade pública.

2.2.3. Bens dominicais ou dominiais (bens do patrimônio administrativo DISPONÍVEL)

São os bens desafetados, ou seja, aqueles que não têm destinação pública definida. São públicos simplesmente porque pertencem ao patrimônio público. Enfim, são todos os bens que não se enquadram entre os de uso comum e os de uso especial. Exemplo: Terras devolutas; prédios públicos desativados; terrenos de marinha, dívida ativa etc.

Cretella Jr.: Bem DOMINIAL é sinônimo de bem público. Bem DOMINICAL é o bem desafetado. É o único autor que faz essa diferenciação.

OBS: alguns autores dizem que bem público DOMINICAL é aquele que o estado conserva como se fosse um **particular**, mas isso não quer dizer que ele siga o regime privado, simplesmente ele não tem destinação pública, por isso a maior flexibilidade. Essa afirmação é perigosa, temos que ter em mente que ele não pode ser livremente alienado.

Contudo, NÃO PODEM SER USUCAPIDOS.

STJ: entendeu que não geram posse, mas sim mera detenção. Sem direito a indenização por benfeitorias.

2.3. QUANTO À DISPONIBILIDADE

Aqui, temos a seguinte classificação:

- Bens indisponíveis por natureza;
- Bens patrimoniais indisponíveis;
- Bens patrimoniais disponíveis.

Vejamos:

2.3.1. Bens indisponíveis por natureza

Dada sua natureza NÃO PATRIMONIAL, não podem ser alienados ou onerados pelas entidades a que pertencem. Os bens de uso comum do povo, em regra, são indisponíveis por natureza.

Exemplo: mares, rios, praias etc.

2.3.2. Bens patrimoniais indisponíveis

São os bens patrimoniais que não podem ser alienados ou onerados pelo fato de estarem afetados, de possuírem **destinação pública específica.** É o caso dos bens de uso especial e dos bens de uso comum patrimoniais.

Exemplo: Prédios públicos; carros oficiais, escolas públicas etc.

> *Art. 100. Os bens públicos de **uso comum do povo** e os **de uso especial** são INALIENÁVEIS, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.*

2.3.3. Bens patrimoniais disponíveis

São os bens patrimoniais não afetados que, por isso, podem ser objeto de alienação ou oneração, nos termos da lei. É o caso dos bens dominicais em geral.

Ex: Prédios públicos não utilizados; dívida ativa etc.

O CC/2002 prevê expressamente que os bens dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (CC, art. 101).

> *Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.*

3. REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Regime jurídico é o conjunto de normas e princípios que rege determinados institutos ou ramos do direito. Os bens públicos são submetidos a um regime jurídico diferente dos bens privados. Essa é a grande importância de definir quando um bem é público.

Vejamos as características que formam o regime jurídico específico dos bens públicos:

- Imprescritibilidade (absoluta);
- Impenhorabilidade (absoluta);
- Inalienabilidade (relativa);
- Não Onerabilidade.

Vamos ao estudo de cada uma dessas características do regime jurídico dos bens públicos.

3.1. IMPRESCRITIBILIDADE (ABSOLUTA)

Bem público não pode ser usucapido, nem mesmo os dominicais. Lembrando que a usucapião é uma forma de prescrição aquisitiva de direitos. Nesse sentido, a Súmula 340 do STF.

> *STF S.340: DESDE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL, OS BENS DOMINICAIS, COMO OS DEMAIS BENS PÚBLICOS, NÃO PODEM SER ADQUIRIDOS POR USUCAPIÃO.*

A Constituição veda EXPRESSAMENTE apenas a usucapião de imóveis públicos (CF, art. 183, §3º; 191, parágrafo único).

> *CF Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (usucapião especial ou constitucional – "pró-moradia" ou "pro misero")*
> *§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*
>
> *CF Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.* ***(usucapião especial ou constitucional – "pro labore")***
> *Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

Já o CC/2002 veda a usucapião de QUALQUER bem público, seja móvel ou imóvel (CC, art. 102).

> *Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.*

IMPORTANTE: O poder público não pode perder bens por usucapião, mas pode ADQUIRIR bens dessa forma.

A imprescritibilidade é ABSOLUTA. Sem exceções.

Se o indivíduo ocupou irregularmente um bem público, ele terá que ser retirado do local e não receberá indenização pelas acessões feitas nem terá direito à retenção pelas benfeitorias realizadas, mesmo que ele estivesse de boa-fé. Isso porque a ocupação irregular de bem público não pode ser classificada como posse. Trata-se de mera detenção, possuindo, portanto, natureza precária, não sendo protegida juridicamente. Desse modo, quando irregularmente ocupado o bem público, não há que se falar em direito de retenção pelas benfeitorias realizadas, tampouco em direito a indenização pelas acessões, ainda que as benfeitorias tenham sido realizadas de boa-fé. Ex: pessoa que construiu um bar na beira da praia (bem da União). O STJ sumulou tal entendimento:

> *Súmula 619-STJ: A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.*

Contudo, destaca-se que se dois particulares estão litigando sobre a ocupação de um bem público dominical, o STJ passou a entender que, neste caso, é possível que, entre eles, sejam propostas ações possessórias (reintegração, manutenção, interdito proibitório). Assim, para o entendimento atual do STJ é cabível o ajuizamento de ações possessórias por parte de invasor de terra pública desde que contra outros particulares.

Importante destacar mais uma vez que são duas situações que devem ter tratamentos diferentes:

1) particular invade imóvel público e deseja proteção possessória em face do PODER PÚBLICO:	2) particular invade imóvel público e deseja proteção possessória em face de outro PARTICULAR:
Não terá direito à proteção possessória. Não poderá exercer interditos possessórios porque, perante o Poder Público, ele exerce mera detenção.	Terá direito, em tese, à proteção possessória. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse.

Indaga-se: Particular pode ajuizar ação possessória tendo como objeto bem público de uso comum do povo? Sim, particulares podem ajuizar ação possessória para resguardar o livre exercício do uso de via municipal (bem público de uso comum do povo) instituída como servidão de passagem. Ex: a empresa começou a construir uma indústria e a obra está invadindo a via de acesso (rua) que liga a avenida principal à uma comunidade de moradores locais. Os moradores possuem legitimidade para ajuizar ação de reintegração de posse contra a empresa alegando que a rua que está sendo invadida representa uma servidão de passagem.

OBS1: O **Estatuto da Terra (arts. 97 e seguintes)** prevê um instituto que PARECE, mas não é usucapião. Trata-se da chamada "**legitimação de posse**". Requisitos desse instituto: Posse de terra com no máximo 100hc, moradia permanente, cultivo da terra, não ser proprietário de outra propriedade rural. Esse instituto é na realidade uma concessão de licença de ocupação de bem público, a fim de dar concretude ao princípio da função social da posse.

> ***Lei 4504/67 (Estatuto da Terra)*** *Art. 97. Quanto aos legítimos possuidores de* ***terras devolutas federais****, observar-se-á o seguinte:****...***
>
> *Art. 98. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por* ***dez anos ininterruptos****, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade,* ***adquirir-lhe-á o domínio****, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.*
>
> *Art. 99. A transferência do domínio ao posseiro de terras devolutas federais efetivar-se-á no competente processo administrativo de legitimação de posse, cujos atos e termos obedecerão às normas do Regulamento da presente Lei.*

JSCF: diz que é um "similar" (ou algo do gênero) à usucapião, no sentido de que o Estado "criou" esta modalidade de "concessão" para não ter que dar o usucapião (definitividade) ao indivíduo.

OBS: concessão especial de uso para fins de moradia prevista no art. 1.225, inc. XI do CC.

> *CC Art. 1.225. São direitos reais:*
> *XI - a* ***concessão de uso especial para fins de moradia****; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*

A própria Constituição, em seu art. 183, indica que a concessão de uso é instrumento da política urbana apto a garantir o direito à moradia daquele que habita área urbana de até 250 m2 por cinco anos, ininterruptamente.

> *Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (trata-se do usucapião especial urbano)*
> *§ 1º - O título de domínio e a* ***CONCESSÃO DE USO*** *serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*
> *§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*
> *§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

O texto constitucional diferencia o domínio do uso. Nos termos do art. 183, §1º, CF, **os efeitos da posse são distintos de acordo com a titularidade do solo**. A posse exercida em propriedade privada, se cumpridos os requisitos do *caput*, leva à aquisição do domínio (usucapião).

Já o título de concessão de uso é conferido àquele que exerce a posse para fins de moradia, em área PÚBLICA de até 250 m2, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que não seja proprietário de outro imóvel. **A concessão de uso, portanto, não constitui transferência de domínio**.

A CEUM foi regulamentada pela Medida Provisória (MP) nº2.220 de 04 de setembro de 2001. Conforme determinação legal, **trata-se de direito subjetivo de todos aqueles que possuíam, até 30 de junho de 2001, ÁREA PÚBLICA URBANA utilizando-a para fins de moradia**. Veja que não completou os requisitos até essa data, não poderá mais adquirir a concessão e uso para fins de moradia.

Medida Provisória (MP) nº2.220/01
*Art. 1º Aquele que, **ATÉ 30 DE JUNHO DE 2001**, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de **imóvel PÚBLICO situado em área urbana,** utilizando-o para sua moradia ou de sua família, **tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia** em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.*
§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.
§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Existe, também, a concessão COLETIVA, quando se tratar de imóveis com mais de 250 metros quadrados ocupados por POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA que preencha os requisitos antes mencionados. Tal modalidade é autorizada quando não seja possível identificar o terreno ocupado por cada possuidor individualmente, situação em que será atribuída igual fração ideal (250 m²) a cada um deles, não sendo necessário observar a real dimensão do terreno em que cada um ocupe, ressalvada a hipótese em que os ocupantes estabeleçam frações ideais diferenciadas através de acordo escrito, sem que, ao efetuarem a divisão, ultrapassem os 250 metros quadrados da fração ideal a cada possuidor.

*Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, **ATÉ 30 DE JUNHO DE 2001**, estavam ocupados por **população de baixa renda para sua moradia**, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a **concessão de uso especial para fins de moradia** será conferida de **FORMA COLETIVA**, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.*
§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.
§ 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.
§ 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Importante:

Art. 6o O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.
§ 1o A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.
§ 2o Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.
§ 3o Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4o O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

Essas formas de Concessão de Uso acima mencionadas serão concedidas gratuitamente, porém, ressalta-se que a não onerosidade infere-se apenas quanto ao uso, não incluindo, por exemplo, as obras de urbanização.

Importante é também salientar a possibilidade de transmissão, por herança ou por ato *inter vivos*, o que ocorre, no primeiro caso, quando o herdeiro já habita o imóvel por ocasião da abertura da sucessão, e a ele é garantido o direito sucessório.

Art. 7º O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato inter vivos ou causa mortis.

Em consonância com o artigo 4º da Medida Provisória 2.220/2001, o Ente Público terá que garantir o direito à moradia em outro local, quando se tratar de imóvel em área de risco, que seja um gravame para a vida ou saúde dos ocupantes, desde que sejam preenchidos os requisitos para concessão de uso.

Art. 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local.

Porém, quando se verificarem as restrições enumeradas no artigo 5º, quais sejam área de uso comum do povo, anteriormente destinada a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou da proteção dos ecossistemas naturais; reservada à construção de represas e obras congêneres ou situados em via de comunicação, o poder público poderá conceder, discricionariamente, outro local para ser usado como moradia.

Art. 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:
I - de uso comum do povo;
II - destinado a projeto de urbanização;
III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;
IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou
V - situado em via de comunicação.

Quanto a possibilidade de extinção do direito ao uso concedido, a Medida Provisória estabelece que o concessionário perderá o direito em caso de destinação diversa ao imóvel, que não seja a de sua moradia ou de sua família, ou nos casos em que o concessionário adquirir, ou outra propriedade, ou a concessão de uso de outro imóvel, seja este urbano ou rural. A MP estabelece que, em se extinguido o direito, o respectivo ato será averbado no cartório de registro de imóveis no qual tenha sido registrada a concessão, por meio de declaração do poder público concedente.

Art. 8º O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:
*I - o concessionário **dar ao imóvel destinação diversa** da moradia para si ou para sua família; ou*
II - o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

> *Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente.*

Vislumbra-se a importância da Concessão de Uso Especial para fins de moradia que surgiu em consonância ao clamor da sociedade por uma gestão mais democrática do imóvel público urbano, atrelando a ele o princípio da **função social da propriedade**. **Ou seja, a função social da propriedade pública.**

Impende-se relatar que antes somente era mencionada e discutida a função social da propriedade privada. Isto se justifica pelo fato de que nunca houve instrumentos que comprovassem a importância de se atingir a função social da propriedade pública, o que torna inovador tal instrumento.

OBS: concessão de direito real de uso

> *CC Art. 1.225. São direitos reais:*
> *XII - a **concessão de direito real de uso**. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*

O Decreto – Lei 271 de 28.02.67 prevê a Concessão de Direito Real de Uso, em seu art. 7º, caput, como:

> *Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.*

Importante ressaltar que foram acrescidos, por meio da Lei 11.480/2007, os seguintes fins específicos para sua utilização: de regularização fundiária de interesse social, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência.

Concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra **exploração de interesse social**. Carvalho Filho aponta, de forma correta, as vantagens para a Administração Pública, da utilização deste instrumento: “A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso”.

O art. 17 § 2º da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de dispensa de licitação quando a concessão de direito real de uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração. Portanto para os demais casos seria exigível o procedimento licitatório.

Ainda, é possibilitada a dispensa de licitação, também prevista no art. 17 da Lei 8666, no caso de imóveis comerciais ou residenciais de até 250 m², cedido em decorrência de programas de regularização fundiária.

> *8666 (licitação dispensada)*

> *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:*
> *I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais,* ***dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, DISPENSADA esta nos seguintes casos****:*
> *f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento,* ***CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO****, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no* ***âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública****; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)*
> *h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento,* ***CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO****, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com* ***área de até 250 m²*** *(duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de* ***programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública****; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*
> *i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1o do art. 6o da Lei no 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017*

3.2. IMPENHORABILIDADE (ABSOLUTA)

Não estão sujeitos à penhora, sequestro ou arresto. Também é característica ABSOLUTA.

A impenhorabilidade do bem público acaba por acarretar outras vedações. Como não podem ser penhorados, também não há sentido em que se arreste ou sequestre bens públicos, pois tais medidas cautelares visam justamente a garantir a futura penhora. Se bens públicos não podem ser penhorados, logo se percebe que há incompatibilidade lógica entre bens públicos e as medidas de arresto ou sequestro.

PENHORA	ARRESTO	SEQUESTRO
Uma restrição judicial que objetiva o cumprimento da obrigação. Penhora é, portanto, garantia dentro da ação de execução judicial.	É cautelar típica que serve para bens INDETERMINADOS.	É cautelar típica que visa a restringir bem DETERMINADO.

As dívidas do Poder Público são pagas através de outro regime, qual seja o regime dos precatórios, previsto no art. 100 da CF/88.

> *Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

STF S. 655: A EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 100, "CAPUT" (na verdade §1º), DA CONSTITUIÇÃO, EM FAVOR DOS CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTÍCIA, NÃO DISPENSA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO, LIMITANDO-SE A ISENTÁ-LOS DA OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DOS PRECATÓRIOS DECORRENTES DE CONDENAÇÕES DE OUTRA NATUREZA.

No mesmo sentido, é Súmula 144 do STJ.

***STJ S. 144:** Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.*

É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente (§1º).

CF Art. 100 § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.
§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo(requisições de pequeno valor), admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório

O art. 100, §3º faz menção às obrigações de pequeno valor, que não geram precatórios, mas sim "requisições de pequeno valor" (no âmbito federal), cujo pagamento deve ser realizado diretamente pela Fazenda. As RPV's federais são de até 60 salários-mínimos. Acima desse valor deve ser emitido um precatório.

Art. 100 §3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A definição das "obrigações de pequeno valor" deve ser realizada por lei específica de cada ente político. No entanto, na ausência dessas leis, aplica-se a previsão do art. 87 do ADCT, que define as obrigações de pequeno valor em no máximo 30 salários-mínimos, para os municípios, e 40 salários-mínimos, para os estados e o DF.

ADCT
Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da

> *Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:*
> *I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;*
> *II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.*
> *Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.*

Perceber: no caso de idoso/doente (acima), pode-se PARCELAR o crédito, recebendo parte antes e o resto em precatórios. Aqui na RPV é vedado esse 'parcelamento', somente admitindo a RENÚNCIA ao crédito excedente.

O STF já decidiu que os entes têm liberdade para definir esse valor, podendo inclusive ser inferior ao previsto no ADCT.

> *Os Estados-membros podem editar leis reduzindo a quantia considerada como de pequeno valor, para fins de RPV, prevista no art. 87 do ADCT da CF/88. STF. Plenário. ADI 4332/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/2/2018 (Info 890).*

Conforme o art. 100, §2º da CF, o pagamento de precatório fora de ordem pode gerar para o credor o direito de SEQUESTRO da **quantia** necessária à satisfação do débito. Trata-se da única hipótese onde se admite SEQUESTRO de **bens públicos**.

> *CF Art. 100*
> *§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

O não pagamento de precatório (podendo ser pela não alocação orçamentária) pode ensejar, em tese, a INTERVENÇÃO (federal ou estadual), nos termos do art. 34, VI e do art. 35, I da CF.

> *Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:*
> *...*
> *VI - prover a execução de lei federal, **ordem ou decisão judicial**;*
>
> *Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:*
> *I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;*

STF: O não pagamento do crédito no prazo, bem como a não inclusão de verba necessária ao pagamento no orçamento anual NÃO GERAM o sequestro ou a intervenção.

Ou seja, o sequestro SÓ CABE no caso de preterimento do credor na ordem de pagamento.

STF: Não se cobram juros de mora entre a expedição do precatório (até julho) e o efetivo pagamento (até dezembro do ano seguinte). Existe correção monetária, mas não juros de mora, pois não há atraso no pagamento, uma vez que a própria CF prevê esse prazo.

> *Art. 100, § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados **até 1º de julho**, **fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte**, **quando terão seus valores atualizados monetariamente**.*

Não cabe RE contra decisão proferida no processamento de precatórios, pois essa decisão tem natureza administrativa e não jurisdicional. Nesse sentido:

> ***STF SV 733:** NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIOS.*

A regulamentação dos precatórios é no mínimo escassa. De fato, temos na prática somente a Constituição, tudo são construções doutrinárias e regulamentos.

3.3. INALIENABILIDADE (RELATIVA)

3.3.1. Noção geral

É uma característica relativa, vale dizer, em situações específicas é possível a alienação de bens públicos. Entretanto, por não serem situações tão excepcionais, alguns autores preferem a terminologia ***alienabilidade condicionada***.

A redação do CC/2002 é esclarecedora:

> *CC/2002 Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.*
>
> *Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.*

Na realidade, somente são ABSOLUTAMENTE INALIENÁVEIS os bens públicos não patrimoniais, tais como os mares, rios e praias. Por essa razão recebem a designação de **bens indisponíveis**.

Vale lembrar que a Constituição prevê em seu art. 225, §5º, hipótese expressa de inalienabilidade absoluta, *in verbis*:

> *CF Art. 225 § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.*

Os demais bens, embora como regra geral, não possam ser alienados, admitem situações em que é possível a alienação.

OBS: Quando falamos em alienar, devemos lembrar que não significa apenas vender, mas também doar, permutar etc., ou seja, qualquer fato que transfira a propriedade de um bem.

3.3.2. Afetação/Desafetação (não se confunde com alienação)

Diógenes Gasparini: **afetação** (dar finalidade pública) é sinônimo de **consagração.** Pode ser também desafetação e desconsagração.

Se o bem passa de uso comum → dominical ou uso especial → dominical estou desafetando. Se eu passo de dominical para uso comum ou especial estou afetando.

A **afetação**, além de dar finalidade pública, dá mais proteção ao mesmo, por conta disto, a doutrina sustenta que para afetação não é necessária nenhuma formalidade (exemplo: levar cadeiras e móveis para prédio). Portanto, para afetar, basta o uso do bem.

Entretanto, para **desafetar** (diminuir a proteção do bem), o simples DESUSO não é suficiente. Para a maioria da doutrina, quando se vai retirar o bem do **uso comum do povo** é mais grave, sendo necessária **lei** ou no mínimo um **ato administrativo previamente autorizado por lei**.

Já para retirar do **uso especial** para bem dominical, é menos grave, podendo ser feita por **lei**, por **ato administrativo** e por **eventos da natureza** (sinistros: escola desabou em razão da chuva, hoje existe no local apenas um terreno baldio).

3.3.3. O que é necessário para que um bem possa ser alienado?

Primeiramente, é necessário **DESAFETAR** o bem, ou seja, retirar a sua destinação pública específica.

Das três espécies de bens (quanto à destinação), os únicos que não precisam ser desafetados são os dominicais, porquanto já não possuem qualquer afetação.

O restante do processo varia conforme a natureza do bem, nos termos do art. 17 da Lei 8.666/93 - Ler (Estatuto de Licitações e Contratos).

BEM IMÓVEL	BEM MÓVEL
É necessária a demonstração de interesse público na alienação. Do contrário seria possível ao agente administrativo dilapidar o patrimônio público.	
Avaliação prévia do bem.	
Autorização legislativa, no caso de o imóvel pertencer à Administração direta, autárquica ou fundacional. OBS: EPs e SEMS não precisam de autorização legislativa.	Não há necessidade de autorização legislativa.
Licitação: Salvo nos inúmeros casos de licitação dispensada (# dispensável) do art. 17: **Concorrência** **Leilão** (excepcionalmente se for decorrente de decisão judicial ou dação em pagamento)	Licitação: Salvo nos casos de licitação dispensada (# dispensável) do art. 17: **Concorrência**: Mais de 650.000 R$. **Leilão**: inservíveis, apreendidos e os empenhados e demais móveis até 650.000 R$.

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:

*I - **quando IMÓVEIS,** dependerá de **autorização legislativa** para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, **para todos**, inclusive as entidades paraestatais (EPs e SEMs: veja que aqui não precisa de autorização legislativa), dependerá de **avaliação prévia** e de **licitação na modalidade de concorrência, DISPENSADA** esta nos seguintes casos:*

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura; (alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, quando esta se tornar inapropriável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação, desde que o preço não ultrapasse a determinado valor).

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1o do art. 6o da Lei no 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017)

II - quando MÓVEIS, dependerá de avaliação prévia e de licitação, DISPENSADA esta nos seguintes casos (veja que aqui não precisa de autorização legislativa):

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os IMÓVEIS doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo (doação), cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.
§ 2º A Administração também poderá conceder ***título de propriedade*** *ou de* ***direito real de uso de IMÓVEIS****,* ***DISPENSADA*** *licitação, quando o uso destinar-se:*
I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;
II - a pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1o do art. 6o da Lei no 11.952, de 25 de junho de 2009; (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017)
§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;
II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;
III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e
IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.
§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo (ocupação Amazônia legal):
I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias;
II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite;
III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo (legitimação da posse), até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.
§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:
I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei;
II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.
§ 4º A doação com encargo ***será licitada*** *e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado;*
§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

*§ 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 (até 650.000), a Administração poderá permitir o leilão.*

3.3.4. Observações finais sobre a alienação dos bens públicos (resumo)

1) Imóvel da União: também é necessária autorização do Presidente da República (art. 23 da Lei 9.636/98).

Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência.
§ 1o A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade.
§ 2o A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

2) Nos casos dos ***bens IMÓVEIS*** adquiridos por procedimentos judiciais ou dação em pagamento, a licitação também pode ser por LEILÃO.

3) Nos casos de ***bens MÓVEIS***, cujo valor não ultrapasse 650mil, é facultada a utilização da modalidade LEILÃO (art. 17, §6º).

4) O art. 17 da Lei 8.666/93 cria situações em que a licitação para alienação de bens públicos é DISPENSADA. São situações em que a licitação é possível faticamente, mas a **lei veda sua realização**. ROL TAXATIVO. Tem rol de dispensa tanto para bens móveis quanto para imóveis. (lembrar a 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).

5) ADI 927-3. Discutiu-se até que ponto a Lei 8.666 seria uma norma geral. Diz-se na doutrina que a lei não é apenas norma geral, mas também norma específica, o que acabaria invadindo a competência dos demais entes políticos. Essa discussão foi levada ao STF que deu interpretação conforme ao art. 17, para considerá-lo constitucional quando interpretado como norma específica do âmbito federal, 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.

3.4. NÃO ONERABILIDADE

Alguns autores não a citam, pois a consideram uma consequência da impenhorabilidade. Os bens públicos não podem ser objeto de **penhor**, **hipoteca**, **anticrese**, pois estes gravames têm o objetivo de garantir uma futura execução do bem, o que não se admite no regime jurídico dos bens públicos.

A garantia real sobre bem público é nula de pleno direito.

EXCEÇÕES: Arts. 167, IV e 167, §4º (exceções não mencionadas no JSCF e no VP/MA).

CF Art. 167. São vedados:
IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de GARANTIAS às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;
§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

HIPOTECA	PENHOR	ANTICRESE
Recai sobre bens imóveis	Recai sobre bens móveis	Recai sobre os frutos gerados pelos bens

4. AQUISIÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

4.1. VISÃO GERAL DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO

As formas de aquisição podem ser ***CONTRATUAIS***, quando decorrem do ajuste de vontades entre Administração e particular, sob o regime do Direito Privado; ***NATURAIS***, quando decorrem de eventos da natureza; ***JURÍDICAS***, quando a própria lei confere como efeito a aquisição de um bem pelo poder público.

Adquirir um bem público significa titularizar um bem que até então não fazia parte do patrimônio público, transformando-o, assim, em bem público.

OBS: Nunca é demais lembrar que Celso Antônio considera bem público também aquele que, embora não faça parte do patrimônio público, esteja afetado na execução de um serviço público.

As formas de aquisição podem ser classificadas ainda em ***ORIGINÁRIAS*** e ***DERIVADAS.***

Aquisição Originária: Não há transmissão de propriedade mediante manifestação de vontades. A aquisição é direta, sem a figura do transmitente. Exemplo: Usucapião; Desapropriação.

Aquisição Derivada*:* A propriedade é adquirida de um transmitente, mediante acordo de vontades. Exemplo: Contrato de compra e venda.

4.2. FORMAS DE AQUISIÇÃO EM ESPÉCIE

4.2.1. Contratos

Forma de aquisição de bens derivada, ou seja, depende de acordo (vontade) entre as partes. Pode ser:

a) Compra/venda: depende de regras de direito privado (regulamentadas pelo CC) e de regras de direito público (regulamentadas pela Lei 8.666/93).

> *Art. 481, CC. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.*

b) Doação: deve ser feita por escritura pública.

> *Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.*

c) Permuta/troca: as partes se obrigam mutuamente a dar uma coisa por outra, aplicam-se as regras da compra/venda.

d) Dação em pagamento: o credor pode consentir em receber uma coisa diversa da devida.

> *Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.*

4.2.2. Usucapião

Modo de aquisição originária de bem em razão do decurso do tempo, isto é, da prescrição aquisitiva, condicionado a posse por determinado tempo fixado em lei.

Ressalta-se que a Administração Pública pode adquirir bens através da usucapião, mas seus bens não podem ser adquiridos desta forma.

4.2.3. Desapropriação

Instituto do Direito Administrativo, que é uma forma de aquisição originária e compulsória de propriedade, previsto na CF, art. 5º, XXVI, e se justifica pela necessidade, utilidade pública e interesse social. Tem como regra a indenização justa, prévia e em dinheiro, salvo quando sua natureza for sancionatória (art. 243 – plantação de tóxico e trabalho escravo – sem indenização).

4.2.4. Direito hereditário

a) Testamento: ato de última vontade.

b) Herança jacente:

> *Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.*

4.2.5. Execução

a) Arrematação: meio de aquisição do bem através da alienação de bem penhorado, em processo de execução, seja via praça (móvel) ou leilão (imóvel).

b) Adjudicação: o credor obtém o direito de adquirir bens penhorados ou praceados, oferecendo preço não inferior ao fixado no edital.

4.2.6. Determinação legal

a) Pena de perdimento de bens (art. 91, CP): um dos efeitos da condenação penal, os bens considerados instrumentos do crime ou derivados deste, são acrescidos ao patrimônio da União.

b) Lei de improbidade administrativa: devolução do que foi acrescido indevidamente.

c) Parcelamento do solo urbano: feito através de loteamento.

d) Abandono de bens:

> *Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.*
> *§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.*
> *§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.*

4.2.7. Acessão natural

a) Aluvião: aquisição de bens quando quantidades imperceptíveis de terra descem dos imóveis superiores para os imóveis inferiores.

> *Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais,* ***sem indenização****.*
> *Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem.*

b) Avulsão: aquisição de bens quando blocos de terra descem dos imóveis superiores para os imóveis inferiores.

> *Art. 1.251. Quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo,* ***se indenizar o dono do primeiro*** *ou,* ***sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado****.*
> *Parágrafo único. Recusando-se ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá aquiescer a que se remova a parte acrescida.*

c) Álveo abandonado (leito do rio abandonado): ocorre quando rio seca ou muda seu curso, a área anterior é dividida entre os imóveis ribeirinhos (vizinhos do rio).

> *Art. 1.252. O álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde*

as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo.

d) Formação de ilhas

Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:
I - as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais;
II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado;
III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram.

e) Construção de obras ou plantações

Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

4.2.8. Reverão

Art. 35, §1º da Lei 8.987/95

Ocorre quando os bens da concessionária de serviço público são incorporados ao patrimônio público ao término da concessão. Não confundir: lembrando que CADUCIDADE é a extinção do contrato unilateralmente pela administração no caso de descumprimento pelo contratado. ENCAMPAÇÃO é a extinção do contrato, a retomada do serviço por interesse público.

5. USO DE BEM PÚBLICO

5.1. QUEM PODE USAR O BEM PÚBLICO

Dependendo da destinação, o bem público pode ser usado pelo seu **próprio titular** (pessoa jurídica de Direito Público), por **outras entidades públicas** ou, ainda, pelos **particulares**.

5.2. USO DO BEM PÚBLICO CONFORME SUA DESTINAÇÃO

1) Normal**:** Uso de acordo com a destinação principal do bem. Exemplo: Praça pública para lazer.

2) Anormal**:** Uso em desacordo com destinação principal, mas não incompatível. Exemplo: Uso de rua para realização de quermesse.

5.3. GENERALIDADE DO BEM PÚBLICO (CONDIÇÕES E/OU FORMAS E MODOS DE USO)

1) Uso comum: Qualquer do povo pode usar, sem descriminações e sem consentimento especial estatal. São de uso comum (conforme esta classificação) não apenas os '**bens de uso comum do povo'** (praias, ruas etc.), mas também alguns '**bens de uso especial'**, tais como repartições públicas, onde é permitida a livre **circulação de qualquer pessoa**. Caracterizam-se ainda pela gratuidade.

OBS: o estado pode regulamentar a utilização desse bem, por exemplo, o que ocorre em algumas praças, que são fechadas após certo horário por razão de segurança.

2) "Uso remunerado": só pode utilizar o bem quem pagar. É uma forma de **utilização especial** do bem. Exemplos: museus, parques, estradas com pedágio, estacionamento em local com parquímetro (nada mais é que um uso privativo, ver abaixo).

3) Uso privativo (**especial**): Somente pessoas determinadas podem usar o bem, sujeitando-se a regras específicas e a consentimento estatal, ou então, somente pessoas que pagam pelo uso do bem podem fazê-lo. Exemplo: Box em mercado público.

Tanto os '**bens de uso comum do povo'** como os '**bens de uso especial'** podem estar sujeitos à remuneração pela utilização, configurando, assim, a FORMA DE USO ESPECIAL.

Nesse sentido JSCF: "Tanto os bens de uso comum do povo quanto os bens de uso especial podem estar sujeitos ao uso comum ou ao uso especial. Uma rodovia é bem de uso comum do povo: caso tenha pedágio, o uso é especial (pois o acesso ao bem é limitado); caso não tenha pedágio, o uso é comum" (p. 1.199).

Ainda, o uso especial também se caracteriza quando o bem é objeto de uso PRIVATIVO por algum administrado, cujas formas veremos a seguir.

Exemplo1: bem público é utilizado para a realização de uma festa de aniversário, na qual apenas os convidados podem entrar.

Exemplo2: um bar tem autorização para colocar mesas na calçada. O dono do bar que tem autorização especial, pode determinar quem vai ocupar as mesas.

4) Uso compartilhado: o **particular utiliza o bem junto com o Estado**. Não há uso privativo. Essa forma de uso ganha relevância a partir da desestatização de alguns serviços públicos.

Exemplo: Ocorre quando a concessionária, para conseguir prestar o serviço, necessita utilizar de bem público. Essa utilização pode se formalizar por convênio, servidão, contratos.

6. USO PRIVATIVO DE BEM PÚBLICO

6.1. INTRODUÇÃO

Ocorre quando uma pessoa determinada é autorizada por um título jurídico a usar um bem público em caráter privativo. Esse uso privativo pode recair sobre as três espécies de bens: bem de uso comum do povo (quiosque na praia); bem de uso especial (Box no mercado municipal); bem dominical (prédio público abandonado tem o uso autorizado pelo particular).

As formas de uso privativo são as seguintes:

1) Autorização de uso de bem público;
2) Permissão de uso de bem público;
3) Concessão de uso de bem público;
4) Concessão de direito real de uso;

5) Concessão de uso especial para fins de moradia;
6) Cessão de uso de bem público;

Lembrando que o estado pode utilizar institutos do direito civil (privado) para garantir esse uso privativo. Exemplo: **locação**.

6.2. AUTORIZAÇÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

Características principais:

1) É **ato** administrativo **unilateral**.

2) Discricionário: juízo de conveniência e oportunidade.

3) Utilizado diante de eventos **ocasionais** e **temporários**.

4) Protege o interesse privado.

5) Precário: A pessoa que recebe a autorização não tem direito à manutenção daquela situação. O poder público pode revogar a autorização sem necessidade de indenizar o particular.

OBS: Quando a autorização for concedida por prazo determinado (***AUTORIZAÇÃO QUALIFICADA***), pode o poder público ser compelido a indenizar o administrado pelos prejuízos advindos da revogação antecipada.

6) **Não se exige licitação**.

7) Característica principal: **predomínio do interesse do particular**. Também há interesse público (como qualquer ato administrativo), mas o predomínio é do interesse privado. Exemplo: Autorização de uso de terreno para instalação de circo, rua para quermesse.

8) Pode ser concedida em caráter **gratuito** ou **oneroso**.

6.3. PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

Características principais:

1) **Ato** administrativo **unilateral**, **discricionário** e **precário**.

2) Não é ocasional, não é temporária, mas também não é definitiva, é mais segura que a autorização, mas não é tão formal quanto à concessão (Marinella: “fica no meio do caminho”).

3) Além do interesse particular, existe um interesse mais relevante da coletividade. Exemplo: Banca de jornal na praça. Barraca na feira.

4) Se o particular não usa o bem em conformidade com a destinação para a qual foi concedido, a permissão deve ser revogada (**o uso do bem é obrigatório**). Já na autorização o uso do bem não é obrigatório.

5) Licitação: **Em regra deve ser precedida de licitação**, nos termos do art. 31 da Lei 9.074/95.

6) Lembrar que a partir da Lei 8987/95, a **permissão de SERVIÇO** deve ser por contrato (bilateral). Ver serviços públicos. A permissão de uso de bem público continua igual.
7) Pode ser em caráter **gratuito** ou **oneroso**.

8) Tempo **determinado** ou **indeterminado**.

9) Tempo determinado: ***PERMISSÃO CONDICIONADA***. 'Menos' precária.

6.4. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

1) **Contrato administrativo**. **Bilateral**.

2) Não precário. **Formal**, **solene**, **permanente**.

3) **Prazo determinado**, em regra. A revogação dentro do prazo enseja indenização ao particular.

Exemplo: de Concessão: Lanchonete em rodoviária. Restaurante em aeroporto. Restaurante em hospital.

4) Licitação **obrigatória**.

OBS: Normalmente a modalidade concessão é usada nas atividades de maior vulto, até porque confere mais segurança ao particular usuário do bem.

5) Pode ser **gratuita** ou **onerosa** (mais comum).

Exemplo: de concessão gratuita: Uso de dormitório por parte do vigia da escola pública.

AUTORIZAÇÃO DE USO DE BEM PÚBLICO	**PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO**	**CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO**
Unilateral	Unilateral	Bilateral
Ato administrativo	Ato administrativo (não confundir: permissão de serviço é por contrato)	Contrato administrativo
Discricionário	Discricionário	Vinculado (?)
Precário	Precário (mais segura que a autorização, mas menos formal que a concessão)	Formal, solene, permanente
Predomínio interesse PRIVADO (obviamente há também interesse público, no entanto menos que na permissão).	Predomínio interesse PÚBLICO	Predomínio interesse público (atividades de maior vulto).
Gratuito/Oneroso	Gratuito/Oneroso	Gratuito/oneroso (mais comum)
Sem licitação	Com licitação	Com licitação.
Com/sem prazo. Se tiver prazo ("***AUTORIZAÇÃO QUALIFICADA***") pode ensejar a	Com/sem prazo. Com prazo determinado: "***PERMISSÃO CONDICIONADA***".	Com prazo – revogação antes enseja indenização.

indenização se houver revogação.	
Uso não obrigatório	Uso **obrigatório**

6.5. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

Prevista no rol taxativo de direitos reais do art. 1.225 do CC (inciso XII).

Trata-se do contrato celebrado entre Administração e Particular pelo qual a este é concedido o direito REAL de uso sobre determinado bem.

Pode ser a título **oneroso** ou **gratuito**, por tempo **determinado** ou **indeterminado**.

Por ser direito real, é facultado ao titular transferi-lo a terceiros, por ato 'inter vivos' ou 'causa mortis'.

Nos termos da Lei 8.666/93, a concessão de direito real de IMÓVEL público deve ser precedida de **licitação na modalidade CONCORRÊNCIA**, salvo os casos de dispensa expressamente previstos (art. 23, §3º).

> *Lei 8666/93 Art. 23*
> *§ 3º A **CONCORRÊNCIA** é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, **tanto na compra ou alienação de bens imóveis**, ressalvado o disposto no art. 19, como nas **concessões de direito real de uso** e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.*

6.6. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA

Prevista no rol taxativo de direitos reais do art. 1.225 do CC (inciso XI).

Trata-se de uma espécie de 'usucapião' de bem público para moradia, mas que apenas garante o **direito ao uso**, e não o direito à propriedade. Ver considerações no início da matéria.

6.7. CESSÃO DE USO

Envolve a cessão gratuita de um bem para o uso por parte de **outro órgão público** (**ou privado que preste serviço de relevância pública SEM fins lucrativos**). Trata-se, no fundo, de uma colaboração. Exemplo: TJ cede sala para a OAB.

O instrumento formalizador da cessão é o **TERMO DE CESSÃO DE USO**, celebrado entre os representantes das entidades cedente e cessionária.

7. COMENTÁRIOS AO ART. 20 DA CF (BENS DA UNIÃO)

> *Art. 20. São bens da União:*
> *I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;*
> *II - as **terras devolutas** indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação*

ambiental, definidas em lei; (perceber que não são todas terras devolutas que são da União, apenas as "indispensáveis à defesa...etc...etc.")

Terra devoluta: é um conceito que foi construído a partir do sistema de capitanias hereditárias. Algumas dessas terras ficaram sem donos, pois não foram apropriadas ao fim do regime das capitanias. Em razão disso, passaram a ser do Estado.

Então terra devoluta é a não demarcada **ainda.** Elas podem ser regularizadas – demarcadas –, deixando de ser devolutas e passando a ser bens públicos normais.

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

Pode ser de dois estados: União.
Vem de outro país ou vai para outro país: União. O fundamento é a segurança.
Terrenos marginais: ficam a margem destes rios. União.
Praias também são da União.

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;
V - os RECURSOS NATURAIS da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
VI - o mar territorial;

Continente → até 12 milhas – **mar territorial**.

12 milhas → 200 milhas – **zona econômica exclusiva**. Recursos naturais desta área pertencem à União, mas a área em si não é da União.

12 milhas → 24 milhas – **zona contígua** (como se fosse uma "subdivisão da zona econômica exclusiva"). Não é área da União, mas é uma área onde o Estado brasileiro exerce poder de polícia.

Por baixo desta área toda encontramos a **plataforma continental.** Os recursos naturais da plataforma continental também pertencem a União.

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

É uma faixa que contamos a partir da média da maré alta ("preamar média"). É uma faixa de 33m da preamar média para dentro do continente. Então fica variando sempre a preamar? Não, uma vez, lá em 1950 e algo, foi calculada, a partir de então passou a ser este o número.

Mas com o passar dos anos o mar pode mudar, a maré subiu e não existe mais essa faixa: perde-se o bem, não existe mais o terreno de marinha. Ou o mar recua e aumenta o terreno de marinha (é chamado de "acrescido de marinha"), o Estado ganha este bem, acresce ao seu patrimônio.

Hoje, a maioria dos terrenos de marinha são utilizados através do instituto da Enfiteuse (ver Chaves). O NCC acabou com a enfiteuse, mas garantiu as situações já constituídas. Há outro instituto: ocupação. É mais precário, mas também pode acontecer.

VIII - os potenciais de energia hidráulica;
IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

É como se fosse destacável do solo. A fazenda pode ser todo do particular, mas o recurso mineral pertence à União.

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Encontrou petróleo? Todo mundo ganha.

*§ 2º - A faixa de até **cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres**, **designada como faixa de fronteira**, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.*

Cuidado: faixa de fronteira não é bem da União. Ela disse que 150km em torno de todo território é **faixa de fronteira**. **Não disse que é área e/ou bem da União**.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O controle representa um mecanismo de correção de conduta de revisão dos atos, fiscalização.

O primeiro Tribunal de Contas no Brasil foi constituído em 1890. Nossa CFB faz vários mecanismos para que um poder controle o outro. O controle da Administração pode ser exercido de duas formas: **Controle Político** e **Controle Administrativo**.

2. CONTROLE POLÍTICO

Estudo no direito constitucional. Ideia de equilíbrio entre os poderes (legislativo, executivo e judiciário). **Sistema de freios e contrapesos**. Essa ideia de freios e contrapesos surgiu com Montesquieu e John Locke. 'Aquele que tem o poder tende a abusá-lo. Só o poder limita o poder'. Surge, assim, a teoria da separação dos poderes.

Vejamos:

1) Executivo controlando legislativo: Veto às leis.

2) Executivo controlando judiciário: nomeação dos ministros do STJ e STF.

3) Legislativo controlando o executivo: Lei orçamentária. Aprovação de contas pelo legislativo. No crime de responsabilidade quem julga o Presidente é o Senado (CD autoriza a instauração do processo e o SF julga efetivamente). Legislativo também controla o executivo através da sustação dos atos normativos que exorbitem o poder regulamentar.

4) Legislativo sobre judiciário: Controle financeiro e orçamentário (lei orçamentária). Aprova as contas do PJ.

5) Judiciário controlando executivo e legislativo: Quando controla a legalidade dos atos. Controle concentrado de constitucionalidade.

O controle político é delineado pela Constituição, objetivando o equilíbrio das instituições democráticas da República.

3. CONTROLE ADMINISTRATIVO

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Está relacionado com as instituições administrativas, ou seja, com a função administrativa, com os órgãos administrativos, com os agentes administrativos.

Toda a atividade da Administração Pública deve sempre pautar-se no princípio da legalidade. É sobre a legalidade que existe o controle dos atos administrativos. Além da **legalidade**, o controle também pode recair sobre o princípio da **eficiência**.

3.2. CONCEITO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de FISCALIZAÇÃO e de REVISÃO da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.

Palavras-chave: Fiscalização + Revisão.

Fundamentos: Legalidade e eficiência.

Finalidade: Interesse público.

3.3. NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO LEGAL DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

JSCF: O controle é **princípio fundamental da Administração Pública**. Fundamento dessa afirmação: DL 200/67, art. 6º, I a V.

> *DL 200/67 Art. 6º As atividades da Administração Federal **obedecerão aos seguintes princípios fundamentais**:*
> *I - Planejamento.*
> *II - Coordenação.*
> *III - Descentralização.*
> *IV - Delegação de Competência.*
> *V - Controle.*

Esse decreto apresenta 05 princípios fundamentais aos quais a Administração deve estar atrelada: Planejamento, Coordenação, Descentralização, Delegação de competências, CONTROLE.

Apesar de esse DL ser do âmbito federal, o princípio do controle também deve ser observado nas demais esferas.

4. CLASSIFICAÇÃO/ESPÉCIES DE CONTROLE

4.1. QUANTO AO ÓRGÃO QUE REALIZA O CONTROLE (*CABM, DI PIETRO*) / QUANTO À EXTENSÃO DO CONTROLE (*JSCF*)

Essa classificação divide o controle em: controle interno (autocontrole) e controle externo (heterocontrole).

4.1.1. Controle interno ou autocontrole

É o controle que cada um dos poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. Ex1.: Controle do órgão ministerial sobre os vários departamentos que compõem aquele órgão. Esse controle é realizado, ordinariamente, por um sistema de auditorias. Ex2.: Corregedoria controlando atos dos serventuários da justiça.

Previsto no art. 74 da CF/88.

> *Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, **sistema de controle interno** com a finalidade de:*

4.1.2. Controle externo ou heterocontrole

Controle exercido por um dos poderes sobre o outro. Ex.: Controle da Administração Pública Direta sobre a Indireta (não existe hierarquia, mas há controle, controle ***finalístico***). Ex.: Controle do judiciário sobre atos do executivo. Ex.: TCU controlando atos do executivo ou judiciário.

O que é CONTROLE INTERNO **EXTERIOR**?

Expressão de CABM. A administração indireta teria um ***DUPLO CONTROLE***. Um feito pelos seus próprios órgãos; outro feito pela Administração Direta.

O Controle externo também pode ser realizado pelos cidadãos → ***CONTROLE EXTERNO POPULAR***.

Esse controle só é possível pelo princípio da publicidade. Previsão legal do controle popular: Lei 4.898/65 (**LAP**); Lei 8.429/92 (arts. 14 e 22, **LIA**); EC 19/98 (art. 31, §3º da CR).

4.2. QUANTO AO ASPECTO CONTROLADO (*CABM* e *DI PIETRO*) / QUANTO AO OBJETO (*DIÓGENES GASPARINI*) / QUANTO À NATUREZA DO CONTROLE (*JSCF*)

4.2.1. Controle de legalidade

Pode ser realizado pela **administração** (S. 346 STF); **judiciário** (CR, art. 5º, XXXV) e **legislativo** (quando a CR assim autorizar).

> **STF** S 346: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS.

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

Fala-se hoje em controle de ***legalidade em sentido amplo***: lei mais regras e princípios constitucionais. Sempre que há ilegalidade, deverá ocorrer a anulação do ato.

Instrumentos de controle dos atos:

1) **Judiciário**: MS, por exemplo.
2) **Legislativo**: Tribunal de Contas, por exemplo.
3) **Administração**: Autotutela.

Cuidado: o princípio da legalidade hoje não é absoluto. Quando estiver em jogo outros princípios em rota de colisão há de se compatibilizar. Ou seja, se a anulação causar mais prejuízos que a manutenção, pode haver a ***CONVALIDAÇÃO*** (anulável) ou a ***ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS*** (nulo).

De acordo com a jurisprudência alcança-se a segurança jurídica com o prazo prescricional de 05 anos, ou seja, passados 05 anos, há a manutenção do ato. A previsão dos 05 anos decorre do art. 54 da lei 9784/99, que é o prazo para a administração anular seus atos, assim, é utilizado também pelo judiciário.

> *Lei 9784/99*

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

Além da anulação, há de ser apurada a responsabilidade da autoridade competente. Que tipo de responsabilidade podemos ter?

1) Infração funcional punível em PAD;
2) Improbidade Administrativa.

4.2.2. Controle de mérito (conveniência e oportunidade)

Realizado pela Administração, não podendo o judiciário interferir (princípio da separação dos poderes). Quando o ato não for mais conveniente ou oportuno, a Administração se faz uso da revogação (S. 473 do STF).

> **STF** S. 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.

Atenção**: ADPF 45**, que trata de políticas públicas.

As políticas públicas passam a ser controladas e revistas pelo judiciário enquanto controle de princípios constitucionais (respeito aos direitos fundamentais etc.). De acordo com o STF, controle de política pública (controle de princípios, tais como razoabilidade, proporcionalidade, assim como e direitos fundamentais mínimos assegurados na Magna Carta) nada mais é do que um **controle de legalidade.**

Em outras palavras, é possível que o judiciário controle a legalidade de um ato, de forma que atinja INDIRETAMENTE o mérito administrativo. É o caso do ato administrativo que foi anulado por não respeitar a razoabilidade e proporcionalidade, princípios que estão previstos no art. 9.784/99 (exemplo: Fonte e hospital para construir. O poder público escolhe construir a fonte).

Em contraponto, deve ser respeitada a **reserva do possível**. Não se pode exigir do Estado mais do que é possível (tese de defesa concurso procuradoria). Entretanto, a reserva do possível não pode ser alegada em face do **mínimo existencial**. O mínimo existencial deve ser obedecido.

Além de cumprir o mínimo existencial, o Estado deve se comprometer criar mecanismos a fim de aumentar a arrecadação, fiscalização e etc. com o escopo de aumentar a prestação de serviços e efetivação de direitos sociais.

Reserva do possível: Expressão criada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1972. A decisão tratava do seguinte assunto:

Na CF alemã, existe consagrado o direito a educação como DF. No entanto algumas pessoas que não conseguiam acesso a universidade, recorrem ao TCA alegando o seguinte, para elas terem a liberdade de escolha profissional, o estado alemão deveria proporcional quantas vagas necessárias para as pessoas, para a escolha ser livre. TCA: Embora seja desejável que todos tenham acesso à

universidade, nem sempre esse acesso irrestrito é possível em razão das limitações do que o estado possui. Mesmo sendo um direito desejável, a reserva do possível impede que seja usufruído por todos.

Tem autores que contestam essa aplicação da expressão no Brasil (Andreas Krell – Direitos sociais uma análise no Brasil e na Alemanha). Segundo Andreas Krell, não é possível uma transposição da reserva do possível para o direito brasileiro, devido à diferença de realidades entre os dois países. Na Alemanha o grau de efetivação dos DS já alcançou um nível muito superior, onde já existe um padrão otimizado de bem-estar social, na medida que, o desenvolvimento e aplicação da Reserva do Possível é mais condizente com aquela realidade, no Brasil, não se tem um mínimo de efetivação dos DS.

Sarmento – a reserva do possível é um conceito muito mais necessário do que na própria Alemanha, em razão da limitação orçamentária e a escassez de recursos que temos aqui. Aqui a dificuldade de se implementar os DS é muito maior, se não se estabelece quais critérios, acaba-se criando uma desigualdade...para evitar isso é que a reserva do possível teria uma grande utilidade, para que todos possam usufruir dos mesmos direitos.

Existem três dimensões são utilizadas quando se fala em **RESERVA DO POSSÍVEL** (Ingo Sarlet):

1º Dimensão: **Possibilidade Fática.** Consiste na disponibilidade de recursos necessários para satisfazer uma prestação relacionada aos direitos sociais. Como se faz essa análise? Tem que ver se o estado tem recurso para atender somente aquela pessoa, ou para todas as pessoas que se encontrem naquela situação...qual o correto? Em razão do princípio da isonomia, esta análise, dos recursos orçamentários deve ser feita não de forma individual, mas uma universalização da demanda. Se aquela pessoa tem o direito, todas pessoas na mesma situação tem o direito também.

Sarmento: tem se entendido que o meio mais adequado para a universalização da demanda, o melhor caminho seriam as ações coletivas, elas permitem essa universalização.

2ª Dimensão: **Possibilidade Jurídica** – consiste em:

1) Existência de ***autorização orçamentária*** para cobrir as despesas.
2) Análise das ***competências*** federativas.

Obviamente o limite deve ser analisado, mas não como algo absoluto, porque senão para qualquer coisa poderia ser usado o argumento da falta de orçamento. Além da dotação orçamentária, é necessária a análise de qual ente federativo é a competência para instituir. Exemplo: saúde é competência comum, pode ser exigida tanto do município, estado ou união. É mais difícil de ser prestada pelo município do que pela união.

Dirley da Cunha Jr.: a liberdade orçamentária está diretamente ligada à efetivação dos DF's. Devem servir de parâmetro para a elaboração de políticas públicas ou planos econômicos. A constitucionalidade dos orçamentos públicos depende de assegurarem os recursos para implementação das prestações materiais, objeto dos DS.

3º Dimensão: **Razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação.** Exemplo: 02 tipos de medicamento para o mesmo tipo da doença, os 2 surtem efeitos, porem o medicamento B é mais eficaz que o A, porem o B, custa 20x mais. Estado tem como fornecer o A, atendendo grande parte das pessoas, mas se for fornecer o B, não conseguira fornecer a todas. Qual deverá ser fornecido? Várias decisões judiciais tem obrigado o estado a conceder medicamentos que não estão na lista do SUS, devido a médicos particulares opinar no sentido que não é melhor para o paciente...o juiz teria esse poder? Questão que deve ser pensada.

Quem alega a RESERVA DO POSSÍVEL? Quem alega a reserva do possível é o estado em sua defesa, para não cumprir a sua prestação. Como é o estado quem alega, o ônus da prova cabe a quem alega, o problema é que muitas vezes o estado alega a reserva do possível e não demonstra isso ao juiz.

O Estado deve demonstrar como e porque não é possível o cumprimento da prestação, depende de uma atuação da administração. Para o juiz considerar a reserva do possível o Estado deverá demonstrar para ele não em alegações genéricas como é geralmente observado.

O Min. Celso de Mello, na ADPF 45, estabeleceu um critério interessante quanto a isso: não basta invocar genericamente a reserva do possível, é necessário demonstrar a ocorrência de justo motivo **objetivamente aferível**. "As normas programáticas não podem se converter em promessas constitucionais inconsequentes, sob a pena de fraudar justas expectativas depositadas nos poderes públicos pela população".

Sempre que em uma prova formos tratar da reserva do possível, faz-se pertinente salientar o tema mínimo existencial.

Mínimo Existencial: Essa expressão foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Administrativo Federal, por uma decisão de 1953, migrando logo após para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No Brasil a expressão começou a ser usada após a CF/88 pelo professor Ricardo L. Torres.

Por que ao invés de restringir os direitos sociais da CF, não ampliamos para outras que não estão ali?

Paradoxo: quanto maior a consagração do DS no papel, muitas vezes o efeito acaba sendo o contrário do desejado, eles ficam na Constituição, mas na prática não são implementados. Quando se fala em DS o objetivo é conferir maior efetividade a determinados direitos sociais. Pelo menos em relação ao mínimo existencial a efetividade deve ser máxima. **Nem mesmo a reserva do possível pode ser invocada contra esses direitos.** O mínimo existencial é extraído:

1) Princípio da DPH;
2) Liberdade material;
3) Princípio do Estado Social (bem estar social).

Princípio da Dignidade Humana: o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna da liberdade material do Estado Social, este dentro do Estado Democrático de Direito.

Quais seriam esses bens e essas utilidades indispensáveis? Por que falar em um MÍNIMO e não em um MÁXIMO?

O professor Ricardo Torres, entende que o mínimo existencial não teria um conteúdo definido, específico. Segundo ele, este conteúdo é variável, depende do local, da época. Segundo Ana Paula de Barcellos, também professora da UERJ, o mínimo existencial teria um conteúdo definido, seria formado por quatro direitos:

1) Educação Fundamental;

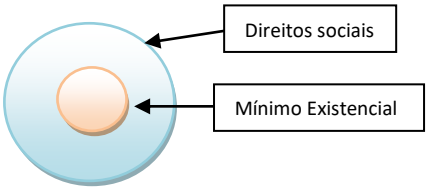
2) Direito à saúde;

3) Direito de assistência aos desamparados.

Não adianta dizer que temos esses direitos, se não temos um que os que garanta...

1) Acesso à Justiça (fundamental na hipótese de esses direitos acima não serem implementados pelo estado, a pessoa através desse instrumento possa garantir a efetividade desses direitos).
2) Direito à moradia (há quem o defenda aqui. É o único direito do art. 6º que não consta da redação original da CF).
3) Moradia no Brasil como mínimo existencial – local, abrigo para pelo menos se recolher durante à noite.

OBS: alguns direitos sociais são princípios e outros são regras; quanto a estes não se pode falar em mínimo, pois eles devem ser resguardados na exata medida de suas prescrições.



Reserva do Possível x Mínimo Existencial: segundo *Ingo Sarlet*, em relação ao mínimo existencial, o estado não pode alegar a reserva do possível. Como se o mínimo existencial tivesse um caráter absoluto.

STJ adotou a tese REsp 1.185.474/SC. *Informativo 431.* Diz que o Estado só pode utilizar este argumento quando se tratar pela real insuficiência de recursos em razão da baixa arrecadação, quando tratar-se de falta de recursos por "*escolhas trágicas"*, não poderia alegar a reserva do possível.

Daniel Sarmento – De um lado temos os Direitos Sociais, de outro Princípio Democrático/Separação dos Poderes/Direito de terceiros. Quando o Mínimo Existencial estiver nesta ponderação, ele exigirá do Estado um ônus argumentativo ainda maior para o caso de não cumprir o direito.

Exemplo: o princípio do LOAS para quem tem renda inferior ao ¼ do SM. É pouco, mas será que o estado tem como pagar mais? Tem como aumentar o SM? Ele fala no sentido de aumentar a maneira com que o estado cumpre.

A.P. Barcellos – o orçamento deve ter como meta prioritária a efetivação do mínimo existencial.

4.3. QUANTO AO MOMENTO (*CABM* e *DI PIETRO*) = QUANTO À OPORTUNIDADE (*JSCF*)

4.3.1. Controle prévio

Exercido antes de consumar-se a conduta administrativa. Ex.: Autorização do SF para que a Administração contraia empréstimos.

4.3.2. Controle concomitante (sucessivo)

Controle na medida em que a conduta está se desenvolvendo. Exemplo: fiscalização de contrato administrativo que está em andamento.

Exemplo de JSCF: Art. 67 da Lei 8.666/93.

4.3.3. Controle posterior (corretivo/subsequente)

Esse controle tem a ideia de revisão de ato já realizado. Ou o ato é confirmado; ou é corrigido. Ex.: Controle judiciário; homologação de concorrência em processo de licitação.

4.4. QUANTO AO FUNDAMENTO DO CONTROLE (*CABM*)

4.4.1. Hierárquico (JSCF: por subordinação)

Escalonamento vertical dos órgãos do executivo. Decorrência do princípio da hierarquia, do exercício do poder hierárquico.

4.4.2. Finalístico (JSCF: por vinculação)

Controle de legalidade da atuação administrativa, onde a Administração Pública Direta controla a Indireta. Esse controle se dá através da **supervisão ministerial**.

Supervisão ministerial: controla o cumprimento da finalidade, controle **finalístico** (princípio da especialidade), controla receitas e despesas conforme a regra orçamentária. A principal possibilidade é o fato de a administração direta nomear os dirigentes das entidades da administração indireta.

4.5. QUANTO À INICIATIVA (*JSCF*)

4.5.1. De ofício

Manifestação do princípio da autotutela.

4.5.2. Provocado

Controle deflagrado por terceiros. Exemplo: Recursos administrativos.

4.6. QUANTO À NATUREZA DO CONTROLADOR

Controle administrativo, legislativo e judicial.

Para melhor análise do tema, vamos abrir outros tópicos:

5. CONTROLE ADMINISTRATIVO (OU EXECUTIVO)

É aquele controle que vai confirmar/rever/alterar condutas internas quanto à legalidade e à conveniência. Tudo isso será realizado pelo Executivo ou pelos órgãos administrativos do legislativo e do judiciário.

Essa forma de controle deriva do poder de **autotutela da Administração**. Quem exerce: Órgãos superiores em relação a órgãos inferiores (controle hierárquico).

É um controle interno, que é realizado com o auxílio de órgãos julgadores de recursos e órgãos especializados (controle técnico)

Quais são os OBJETIVOS do controle administrativo?

1) Confirmação do ato que foi praticado;
2) Correção do ato;
3) Alteração (ratifica parte do ato e corrige outra parte).

Quais são os INTRUMENTOS do controle administrativo?

Existem diversos instrumentos por onde se perfaz o controle administrativo. Veremos aqui os seguintes instrumentos:

1) Direito de Petição;
2) Controle ministerial;
3) Hierarquia orgânica (JSCF) / Fiscalização hierárquica (CABM);
4) Controle social;
5) Instrumentos legais (previstos na legislação);
6) Recursos administrativos (‘lato sensu’);
7) Coisa julgada administrativa;
8) Prescrição administrativa;
9) Arbitragem;

Vejamos:

5.1. DIREITO DE PETIÇÃO

Tem origem no ‘rights of petition’: Faculdade do indivíduo postular ao órgão público algum requerimento, como decorrência da cidadania (CR, art. 5º, XXXIV, a).

O recebimento do pedido pela autoridade é OBRIGATÓRIO. O direito de petição é um direito dotado de eficácia, de forma que a autoridade precisa pronunciar-se acerca do que foi pedido, mesmo que seja para indeferir. A falta dessa resposta do Poder Público enseja o MS (controle judicial).

A CR prevê que o direito de petição é exercido independentemente do pagamento de taxas. Então como se explica a chamada ‘**garantia de instância’** prevista em algumas leis (que é um depósito de certa quantia como condição de admissibilidade de um recurso administrativo)?

1ª C: A lei pode estabelecer condições especiais para a interposição de recursos administrativos (JSCF). Posição minoritária. Súmula 64 TJ/TJ. Essa corrente se vale do art. 56, §2º da Lei 9.784/99 (interpretação a contrário sensu).

2ª C: A exigência da garantia de instância é inconstitucional (**posição majoritária**). Entendimento do STF. Fundamento nos princípio do contraditório e ampla defesa, direito de petição. Súmula vinculante n. 21. Súmula 373 do STJ.

> ***STF SV Nº 21:*** *É INCONSTITUCIONAL A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIOS DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO.*
>
> *STJ S.: 373: É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.*

5.2. CONTROLE MINISTERIAL

É o exercido pelos Ministérios sobre os órgãos da Administração Pública direta a eles vinculados e também sobre as pessoas da Pessoas da Administração indireta federal. Olhar DL 200/67, art. 19.

No âmbito dos Estados e Municípios esse controle é feito pelas Secretarias.

> *DL 200/67 Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal,* ***direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente,*** *excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.*

5.3. HIERARQUIA ORGÂNICA (JSCF) / FISCALIZAÇÃO HIERÁRQUICA (CABM)

Tem relação com o chamado sistema organizacional da Administração; com o escalonamento de seus órgãos; tudo isso como decorrência do poder hierárquico da Administração, onde o agente de grau superior fiscaliza os atos do agente de grau inferior.

CNJ e CNMP: fazem controle administrativo. Entretanto, sabe-se que ultimamente o CNJ tem extrapolado sua função administrativa (enxurrada de resoluções). Ultimamente tivemos a notícia que o CNJ suspendeu uma decisão **judicial** de um TJ. Isto não é controle administrativo, STF: **o CNJ não pode fazer controle da função jurisdicional**, o controle é da atividade administrativa.

5.4. CONTROLE SOCIAL

É o controle do Poder Público que é realizado pela sociedade. Exemplos desse controle:

1) Função legislativa: Leis de iniciativa popular, onde acabam por determinar que a Administração realize determinada conduta.

2) EC 19/98 (art. 37, §3º da CR): Possibilidade de atuação do particular na Administração. Ver acima.

3) Art. 198, III da CF: Normas programáticas - ações do Estado na Saúde.

4) Art. 194, VII da CR. Participação social na seguridade social.

5) Lei 9.784/99: Art. 31 e 32: Consulta pública a audiência pública.

Entre outros...

Formas de efetivação do controle social:

1) **Controle NATURAL**: Executado diretamente pelas comunidades, indivíduos, entidades representativas.

2) **Controle INSTITUCIONAL**: Exercido por órgãos e entidades do Poder Público que tem por escopo a defesa de interesses sociais (ex.: MP e Defensoria).

5.5. INSTRUMENTOS LEGAIS

LC 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Essa lei é um exemplo de **instrumento legal** de controle dos atos administrativos.

5.6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS ('LATO SENSU')

5.6.1. Considerações gerais sobre os recursos administrativos

Os recursos são meios de controle dos atos, cuja tramitação deve se orientar pelos princípios da publicidade e formalismo.

São caracterizados pelo inconformismo do recorrente;

Tramitam na via administrativa (não se fala em via judicial);

Fundamento: a) Sistema de hierarquia orgânica; b) Exercício do direito de petição; c) Garantia do contraditório e da ampla defesa.

Não existe um procedimento específico dos recursos; uma regra geral. Cada entidade pode estabelecer as próprias regras.

Não é necessário advogado (súmula vinculante).

Na própria petição se oferecem as razões (não existe uma petição de interposição e outra de razões).

5.6.2. Efeitos dos recursos administrativos

A regra é o efeito DEVOLUTIVO, ou seja, a matéria é devolvida à análise da Administração. O efeito SUSPENSIVO é a exceção. Ex.: Lei 8.666/93, art. 109, I, §2º.

> *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;*
> *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 efeito suspensivo é excepcional devido a um dos atributos do ato administrativo: presunção de legitimidade. Além da lei, o próprio administrador pode atribuir efeito suspensivo ao recurso, em razão da autotutela.

Cabe MS contra ato que comporta recurso com efeito suspensivo? Diógenes Gasparini diz que não, pela falta de interesse de agir.

***LMS** Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:*
I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

*Exceção da exceção:

***STF S. 429** – A EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO NÃO IMPEDE O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA **OMISSÃO** DA AUTORIDADE.*

Em outras palavras: se o ato atacado for omissivo, ainda que haja recurso com efeito suspensivo e sem caução, **cabe MS.**

5.6.3. Prazo para o recurso administrativo

Depende da previsão legal. Uma vez escoado o prazo, ocorre a chamada **preclusão consumativa**.

5.6.4. Espécies de recursos administrativos

Façamos uma análise das espécies de recursos administrativos admitidos no ordenamento:

1) Representação administrativa;
2) Reclamação administrativa;
3) Pedido de reconsideração;
4) Revisão do processo;
5) Recurso hierárquico;
   5.1) Recurso hierárquico próprio;
   5.2) Recurso hierárquico impróprio.

Vejamos:

1) Representação Administrativa

Ocorre quando o recorrente denuncia irregularidades, legalidades ou condutas abusivas, atribuídas a agentes ou órgãos públicos.

Objetivo: Tudo isso com o objetivo de apuração e regularização dessas condutas irregulares.

Recorrente: Qualquer do povo, ainda que não seja afetado pela conduta irregular.

Em recebendo a denúncia (representação), a Administração deve instaurar um processo administrativo. Essa instauração é um poder-dever da Administração tem de averiguar/fiscalizar as condutas denunciadas.

Exemplos: Art. 74, §2º da CF/88; art. 3º e 4º da Lei 4.898/65 (representação contra o abuso de autoridade).

> ***CF*** *Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:*
> *...*
> *§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.*
>
> ***LAA*** *Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.*
> *Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:...*
> *Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:....*

Direito de petição X Representação Administrativa

Direito de Petição	Representação
Fundamento: Art. 5º, XXXIV da CR. Defesa de interesses próprios ou de terceiros.	Fundamento: Art. 5º, XXXIV da CR. Não defende interesses próprios ou de terceiros. É uma denúncia contra irregularidades.

2) Reclamação administrativa (Dec. 20.910/32)

É o ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão.

O recorrente é o interessado direto no recurso. Essa é a diferença para a representação (onde o recorrente não necessariamente é afetado pelo ato).

Prazo: 01 ano (art. 6º do Dec.). Nada impede que após esse prazo a própria Administração reconheça o direito do recorrente, inclusive desfazendo o ato lesivo, desde que esse desfazimento não prejudique terceiros, bem como não esteja consumada a prescrição em favor da Administração.

> *Dec. 20.910/32*
> *Art. 6º. - o direito a **reclamação administrativa**, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em **um ano** a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar.*

A reclamação administrativa nada tem a ver com a Reclamação Constitucional contra ato administrativo que contrarie súmula vinculante. Essa última é uma reclamação de caráter jurisdicional.

3) Pedido de reconsideração

É pedido de reexame do ato **à própria autoridade** que o realizou. É um recurso que só pode ser exercido uma vez.

Exemplo: Art. 109, III da Lei 8.666/93.

Prazo: Utiliza-se o prazo de 01 ano, em analogia ao prazo de reclamação.

> *Lei 8.666/93*
> *Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*
> *....*
> *III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4o do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.*

4) Revisão do processo

Previsão no art. 174 a 182 da Lei 8.112/90; art. 65 da Lei 9.784/99.

> *Lei 8.112/90*
> *Art. 174. O **processo disciplinar poderá ser REVISTO**, a qualquer tempo, a **pedido ou de ofício**, quando se **aduzirem fatos novos** ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. ....*
>
> *Lei 9784/99*
> *Art. 65. Os **processos administrativos de que resultem sanções poderão ser REVISTOS**, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.*
> *Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.*

A revisão nada mais é do que o reexame da punição do servidor ou do administrado, em razão da ocorrência:

- De um fato novo;

- Circunstância que justifique a inocência;

- Inadequação da penalidade aplicada.

A revisão pode ser feita de ofício ou a pedido, e a qualquer tempo.

5) Recurso hierárquico

Recurso hierárquico PRÓPRIO: Dirigido à autoridade hierarquicamente superior dentro do mesmo órgão. É um recurso que decorre da própria hierarquia dos órgãos, por isso não há necessidade de previsão legal desse recurso. CABM e Di Pietro utilizam a Lei 9.784/99 para trazer as características desse recurso no âmbito federal (art. 56 a 64).

> *Lei 9784/99*
> *Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*

§1o O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.
§ 2o Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.
§ 3o Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.
...
Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.
Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Recurso hierárquico IMPRÓPRIO: O recurso é dirigido a uma autoridade de outro órgão, não integrante da hierarquia do primeiro. Ex.: Recurso para o governador contra ato de uma autarquia estadual.

5.6.5. Coisa julgada administrativa

É a **imodificabilidade/irretratabilidade** do ato perante a Administração Pública. É a preclusão de efeitos internos.

É uma coisa julgada que é muito mais fraca (é relativa) que a coisa julgada judicial, até porque na via administrativa quem julga é a própria parte. Por isso que a coisa julgada administrativa pode ser revista na via administrativa.

Falta a essa coisa julgada administrativa a chamada “the final enforcing”, que só existe na via judicial.

Di Pietro: Também formam coisa julgada administrativa os limites ao poder de revogar atos administrativos. É o exemplo dos atos vinculados, que não são passíveis de revogação. Essa situação de irrevogabilidade traduz uma forma de coisa julgada administrativa.

5.6.6. Prescrição administrativa

Di Pietro: Prescrição pode ter três significados:

1) Perda do prazo para recorrer;
2) Perda do prazo para a administração rever seus próprios atos (autotutela);
3) Perda do prazo para aplicação de penalidades.

5.6.7. Arbitragem

Há alguns anos, o legislador vem inserindo em determinados diplomas legislativos a possibilidade de arbitragem em contratos administrativos.

Como um primeiro exemplo, podemos citar a Lei n.º 11.079/2004, que previu expressamente que seria possível instituir arbitragem nos contratos de parceria público-privada (art. 11, III).

Em seguida, foi editada a Lei n.º 11.196/2005, que acrescentou o art. 23-A, à Lei n.º 8.987/95, estabelecendo que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307/96.

Outros exemplos: Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), Lei 9.478/97 (Lei de Petróleo e Gás), Lei nº 10.233/ 2001 (Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres), Lei nº 10.438/2002 (Lei do Setor Elétrico), Lei nº 11.196/2005 (Lei de Incentivos Fiscais à Pesquisa e Desenvolvimento da Inovação Tecnológica), Lei nº 11.909/2009 (Lei de Transporte de Gás Natural), entre outras.

Mesmo assim, eram previsões específicas e que encontravam ainda grande resistência por parte dos administrativistas mais tradicionais.

Pensando nisso, o legislador foi mais ousado e, por meio da Lei n.º13.129/2015, ora comentada, previu, de forma genérica, a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem quando a lide versar sobre direitos disponíveis. Foram acrescentados dois parágrafos ao art. 1º da Lei n.º9.307/96, com a seguinte redação:

> *Art. 1º (...)*
> *§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*
> *§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.*

Desse modo, atualmente, existe uma autorização genérica para a utilização da arbitragem pela Administração Pública para todo e qualquer conflito que envolva direitos patrimoniais disponíveis. Isso vale para os três entes federativos: União, Estados/DF e Municípios.

A autoridade que irá celebrar a convenção de arbitragem é a mesma que teria competência para assinar acordos ou transações, segundo previsto na legislação do respectivo ente. Ex: se o Secretário de Estado é quem tem competência para assinar acordos no âmbito daquele órgão, ele é quem poderá firmar a convenção de arbitragem.

Como a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade (art. 37, da CF/88) e, a fim de evitar questionamentos quanto à sua constitucionalidade, a Lei n.º 13.129/2015 determinou que a arbitragem, nestes casos, não poderá ser por equidade, devendo sempre ser feita com base nas regras de direito. Confira:

> *Art. 2º (...)*
> *§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*

6. CONTROLE LEGISLATIVO (OU PARLAMENTAR)

Melhor livro: CABM. Divide-se em controle político e controle financeiro.

6.1. CONTROLE POLÍTICO PELO LEGISLATIVO

Analisa as decisões administrativas sob o aspecto da **discricionariedade** (oportunidade e conveniência).

Hipóteses de controle político (sempre hipóteses constitucionais - lei não pode criar outras hipóteses):

1) Art. 49, X da CF/88: Competência do Congresso de fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder executivo incluindo da administração indireta.

> *Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
> *X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;*

2) Art. 49, V da CF/88: Controle sobre o executivo, quando seus atos normativos forem além dos 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;*

3) Art. 50 da CF/88: Poder convocatório.

> *Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.*

4) CPI (art. 58, §3º);

> *Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.*
>
> *§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.*

5) Art. 49, I, XII, XVI e XVII. Autorizações/aprovações do Congresso para que o executivo realize alguns atos (controle prévio). Ex.: Congresso precisa aprovar ato de renovação de concessão de emissora de TV.

> *Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
> *I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;*

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;
XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

6) Controle feito pelo Senado. Art. 52, III a XI da CF.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:
a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
c) Governador de Território;
d) Presidente e diretores do banco central;
e) Procurador-Geral da República;
f) titulares de outros cargos que a lei determinar;
IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;
V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;
VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;
IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

6.2. CONTROLE FINANCEIRO PELO LEGISLATIVO

É um controle sobre todos os poderes da República, realizado, principalmente, pelo **Tribunal de Contas** (“longa manus” do legislativo). Art. 70 a 75 da CF/88.

Esse controle pode ser exercido **internamente** ou **externamente** (outros órgãos controlando tudo que tem a ver com orçamento e patrimônio público).

6.3. INSTRUMENTOS DE CONTROLE DO LEGISLATIVO

6.3.1. Tribunal de Contas

Atribuições previstas no art. 71 da CF (vale a pena dar uma olhada)

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do **Tribunal de Contas da União**, ao qual compete:*
*I - apreciar as **contas prestadas anualmente pelo Presidente da República**, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;*
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.
§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.
§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.
§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Observações:

1) ***O tribunal de contas pode realizar controle abstrato de constitucionalidade?*** Não. Somente o STF pode fazê-lo. O Tribunal de contas pode é apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público (Súmula 347 do STF).

> ***STF*** *S. 347: O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.*

2) ***O tribunal pode rever decisão judicial transitada em julgado?*** NÃO. A coisa julgada só pode ser desconstituída por ação rescisória, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e boa-fé objetiva (STF MS 28.150, Notícia de 18/09/2009).

> *STF SÚMULA VINCULANTE 03: 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.*

Nessas hipóteses ocorre o chamado **contraditório desnecessário**.

3) **O TCU pode avocar processos**. Casuística: certo TCU avocou processo e determinou que todos processos licitatórios deveriam passar pelo TCU para autorização. Prevalece que o tribunal de contas pode chamar a qualquer momento o processo, mas não pode determinar um controle sobre TODOS os processos, todas as condutas sejam submetidas a seu controle. Essa regra foi dita ***inconstitucional***.

4) **Caso Petrobrás** - Procedimento simplificado de licitação (MS 28.252). Notícia de 28/09/2009. O TCU pode, auxiliando o Poder Judiciário, fazer a sustação dos contratos entendidos como ilegais. Lembrar a Petrobrás: procedimento simplificado de licitação.

Petrobrás: natureza de 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, entretanto a lei 9478 disse que deveria ser o procedimento simplificado de licitação para a Petrobrás.

TCU disse que não tinha sentido ela ter regra diferente das demais, TCU mandou ela 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

> *STF S. 347: O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.*

MAS este controle de constitucionalidade, não pode ser um controle concentrado, o TCU não pode afirmar ou não pode reconhecer que a lei 9478 é inconstitucional, quem deve reconhecer isso é o

supremo, o TCU pode afastar um ato, mas não uma lei. Não pode dizer que toda uma lei e todos os atos a ela inerentes são inconstitucionais. Por **isso enquanto não decidido o mérito deste MS**, a Petrobrás continua fazendo procedimento simplificado de licitação. Então o STF mantém o procedimento simplificado para a Petrobrás.

7) O TCU tem legitimidade para anular acordo extrajudicial firmado entre particulares e a Administração Pública, quando não homologado judicialmente. Se o acordo foi homologado judicialmente, o TCU não pode anulá-lo porque a questão já passou a ser de mérito da decisão judicial, o que não pode ser revisto pelo Tribunal de Contas. Contudo, sendo o acordo apenas extrajudicial, a situação está apenas no âmbito administrativo, de sorte que o TCU tem legitimidade para anular o ajuste celebrado. STF. 1ª Turma. MS 24379/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, **julgado em 7/4/2015 (Info 780).**

6.3.2. CPI (aprofundar em constitucional)

Comissão parlamentar de inquérito. Também é um importante instrumento de fiscalização da atividade administrativa. Não há cominação de pena, as informações são remetidas ao MP ou tribunal competente se for o caso.

6.3.3. Sustação dos atos normativos que exorbitem o poder regulamentar

Ver esse tema em constitucional. Processo legislativo.

6.3.4. Convocação do administrador para prestar informações (sessão pública)

O administrador é obrigado a comparecer.

7. CONTROLE JUDICIAL

7.1. CONSIDERAÇÕES

Diz respeito ao controle da legalidade dos atos administrativos.

Sistema da Jurisdição Única (sistema inglês): cabe ao judiciário definir com força de definitividade qualquer situação em que seja necessário aplicar o direito ao caso concreto. O judiciário será o responsável pela anulação de atos ilegais. Várias medidas podem ser utilizadas com esse fim: MS; HC; Ação de improbidade, Ação civil Pública; ação popular; Ações ordinárias; MI; HD; ADI.

7.2. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS (VER ADO X MI EM CONSTITUCIONAL)

1) Art. 37, VII da CF/88 - MI 670, 708 e 712. Direito de greve dos servidores públicos.

> *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:*

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

Norma de eficácia limitada – "**Síndrome de inefetividade das normas constitucionais**" - Daí o cabimento do Mandado de Injunção.

2) Art. 40, §4º (MI 721, 795, 797) 15/04/2009: STF: Pedidos de aposentadoria especial de servidores públicos que trabalham em condição insalubre/perigosa, por faltar essa lei regulamentadora, o STF mandou aplicar a esses casos a lei 8.213/91, art. 57 (Lei da aposentadoria especial do regime celetista). Teoria concretista.

> *CR Art. 40. Aos **servidores** titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*
>
> *§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, **nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:***
> *...*
> *II que exerçam atividades de risco;*

Correntes sobre a concretização no MI:

Não concretista: poder judiciário não pode suprir a omissão. Ele apenas daria ciência ao poder competente de sua missão (mesmo efeito da ADO, STF foi muito criticado quando seguia esta corrente).

Concretista: parte da premissa que o judiciário deve fazer a norma concreta. Não vai dar ciência apenas, irá suprir a omissão. Pode ser subdividida em 3 espécies:

1ª) Concretista Geral: supre a omissão para todos (efeito será erga omnes). *MI 708, 712, 670* – STF tratando da questão do direito de greve, ele estabeleceu os parâmetros não apenas para os que impetraram, mas para todos servidores públicos que se encontravam naquela situação.
Críticas: Nem a ADO que é controle abstrato tem este poder (de suprir a omissão com efeitos erga omnes). Atua como legislador POSITIVO (quando deveria no máximo atuar como negativo). Criando uma norma geral e abstrata.

2ª) Concretista Individual: majoritária na doutrina. Deve suprir a omissão, mas apenas para os impetrantes do MI. Efeito interpartes. Corrente que **tem sido adotada mais recentemente pelo STF.** *MI 721, 758*

3ª) Concretista Intermediária: fica entre a Individual e a Geral, antigo Min. Do STF, Néri da Silveira, defendia. Segundo ele, no MI, o Supremo deveria primeiro dar ciência da omissão ao órgão e fixar o prazo (18 meses), dentro deste prazo, se não fosse suprida a omissão, ele faria a norma concreta. A intermediária ainda poderia ser geral ou individual, dependendo dos efeitos da decisão, se erga omnes, ou interpartes. MI 232 – Único caso em que o STF utilizou esta corrente.

OBS: o STF vai adotar cada uma das correntes, dependendo do caso concreto, dependerá da conveniência no caso a caso. Não dá pra dizer que ele adota corrente A ou B. Decisão casuística.

3) Omissão administrativa **-** ADI 1.458: o STF diz que a conduta do não fazer é mais grave do que fazer errado. É bastante criticada a omissão administrativa. O judiciário deve encontrar um mecanismo, uma saída para efetivar o direito.

7.3. SILÊNCIO ADMINISTRATIVO (VISTO EM ATOS)

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.

> *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.*

Se a lei nada diz, cabe ao indivíduo, 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).

> *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;*

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 o 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.

7.4. TEORIA DO FATO CONSUMADO

7.4.1. CONCEITO

Segundo esta teoria, as situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo, amparadas por decisão judicial, não devem ser desconstituídas, em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais (STJ. REsp 709.934/RJ).

Assim, de acordo com essa posição, se uma decisão judicial autorizou determinada situação jurídica e, após muitos anos, constatou-se que tal solução não era acertada, ainda assim não deve ser desconstituída para que não haja insegurança jurídica.

Em suma, seria uma espécie de convalidação da situação pelo decurso de longo prazo.

7.4.2. ADMISSIBILIDADE

A Teoria do Fato Consumado é admitida pela jurisprudência no caso de posse em cargo público por força de decisão judicial provisória? Maria deve continuar no cargo?

NÃO. O STF entende que a posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF/88), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial. STF. Plenário. RE 608482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, **julgado em 7/8/2014 (repercussão geral) (Info 753).**

7.4.3. PRINCÍPIO PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Trata-se de um princípio que ganhou destaque inicialmente na Alemanha, por volta da década de 50.

Segundo esse princípio, os comportamentos adotados pelo Estado, em virtude da presunção de legitimidade, geram no particular a confiança de que são atos legais. Logo, o administrado não pode ser prejudicado caso esse ato seja desfeito (revogado ou anulado) já que, de boa-fé, acreditou (confiou) que eram legítimos.

O princípio da proteção da confiança legítima está relacionado com a boa-fé e com o princípio da segurança jurídica.

O princípio proteção da confiança legítima é adotado pelo STF em algumas situações?

SIM. O STF reconhece o princípio da confiança legítima, por exemplo, quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor recebe determinada vantagem patrimonial ou alguma condição jurídica melhor. Nesses casos, o servidor tinha a legítima confiança de que aquela vantagem era legítima.

Assim, mesmo que fique, posteriormente, constatada a ilegitimidade dessa verba, esse servidor não será obrigado a restituí-la, considerando que a recebeu de boa-fé e exigir que ele devolvesse violaria o princípio da confiança legítima.

Essas hipóteses, contudo, são excepcionais e não se tratam da regra geral.

E por que o STF não aplica o princípio da proteção da confiança legítima para os casos de posse em cargo público por força de medida judicial provisória posteriormente revogada?

Porque nesses casos a nomeação e a posse no cargo ocorrem por iniciativa, provocação, requerimento do próprio particular interessado e contra a vontade da Administração Pública que, inclusive, contesta o pedido feito na Justiça.

Logo, não há que se falar em legítima confiança do administrado já que não foi a Administração Pública quem praticou o ato nem reconheceu o direito.

Em situações envolvendo concurso público não faz sentido invocar-se o princípio da proteção da confiança legítima, haja vista que o candidato beneficiado com a decisão não desconhece que o provimento jurisdicional tem natureza provisória e que pode ser revogado a qualquer momento, acarretando automático efeito retroativo.

Vale ressaltar, por fim, que a concessão da tutela antecipada corre por conta e responsabilidade do requerente.

O servidor que teve a sua posse tornada sem efeito em virtude da revogação da decisão anterior terá que devolver as verbas recebidas? Em nosso exemplo, João terá que restituir a remuneração que percebeu ao longo desses anos?

NÃO. Isso porque a remuneração possui caráter alimentar que, como regra, é irrepetível. Além disso, se fosse exigida a devolução haveria enriquecimento ilícito por parte do Estado considerando que o servidor trabalhou durante esse período.

Entendimento do STJ no mesmo sentido

Mesmo antes dessa decisão do STF, o STJ já possuía inúmeros precedentes afirmando que, se o candidato foi nomeado e empossado por força de medida judicial precária sem preencher os requisitos inerentes ao cargo, ele não tem direito de permanecer no cargo, ainda que lá esteja há muitos anos. Veja:

A jurisprudência, tanto desta Corte quanto do STF, está firmemente orientada no sentido de rejeitar a invocação da teoria do fato consumado para consolidar situação constituída por força de liminar posteriormente cassada, sob pena de perpetuar situação contrária à lei. STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 42.386/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina**, julgado em 15/05/2014**.

Não há falar em aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a participação do candidato no concurso foi autorizada por medida judicial precária. (...) STJ. 5ª Turma. AgRg nos EDcl no RMS 30.094/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, **julgado em 12/08/2014.**

A novidade é que agora o STF decidiu o tema sob a sistemática da repercussão geral, a tendência é que os demais Tribunais passem a adequar seus acórdãos a esse entendimento.

SINTETIZANDO:

A posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, II), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial.

Em suma, não se aplica a teoria do fato consumado para candidatos que assumiram o cargo público por força de decisão judicial provisória posteriormente revista.

STF. Plenário. RE 608482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 7/8/2014 (repercussão geral) **(Info 753).**